# قوانین فقه اسلامی

ترجمه
جمال الدین جلال

جلد اول

# قوانین فقه اسلامی

## در التزامات و عقود با مقایسه بقوانین جدید

ترجمه

## النظریات العامة للموجبات و العقود

تألیف


## دکتر صبحی محمصانی

استاد حقوق در دانشگاه آمریکائی بیروت


مترجم

جمال الدین جمالی

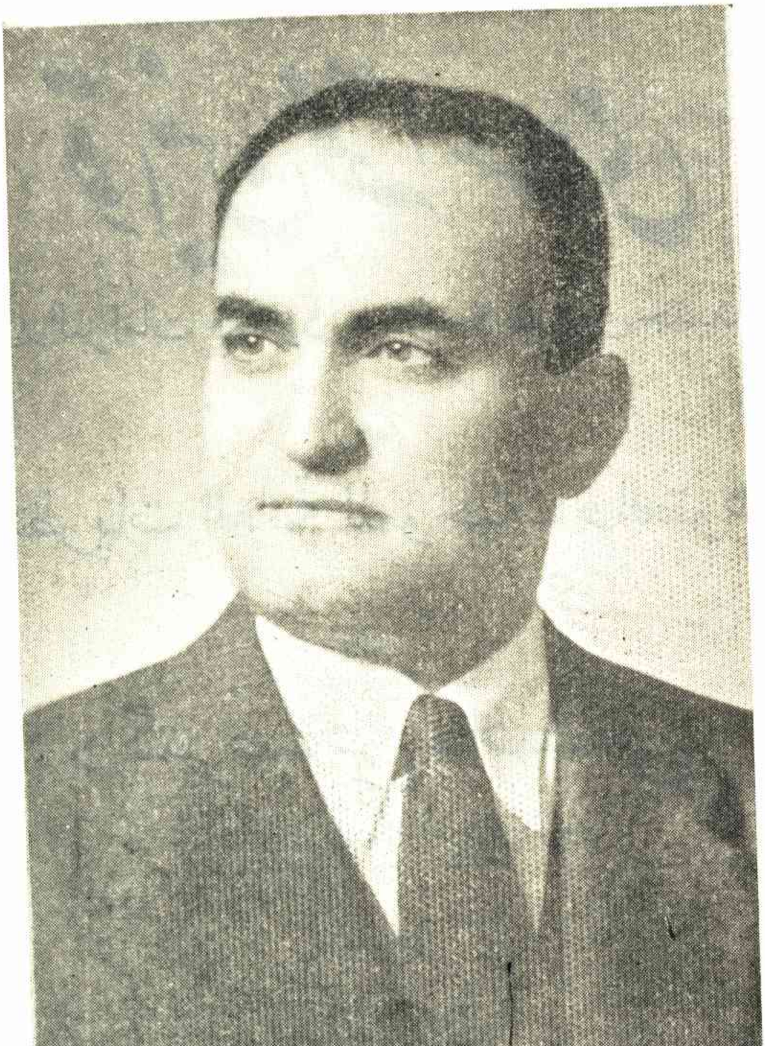
(محلاتی)


۱۳۳۹

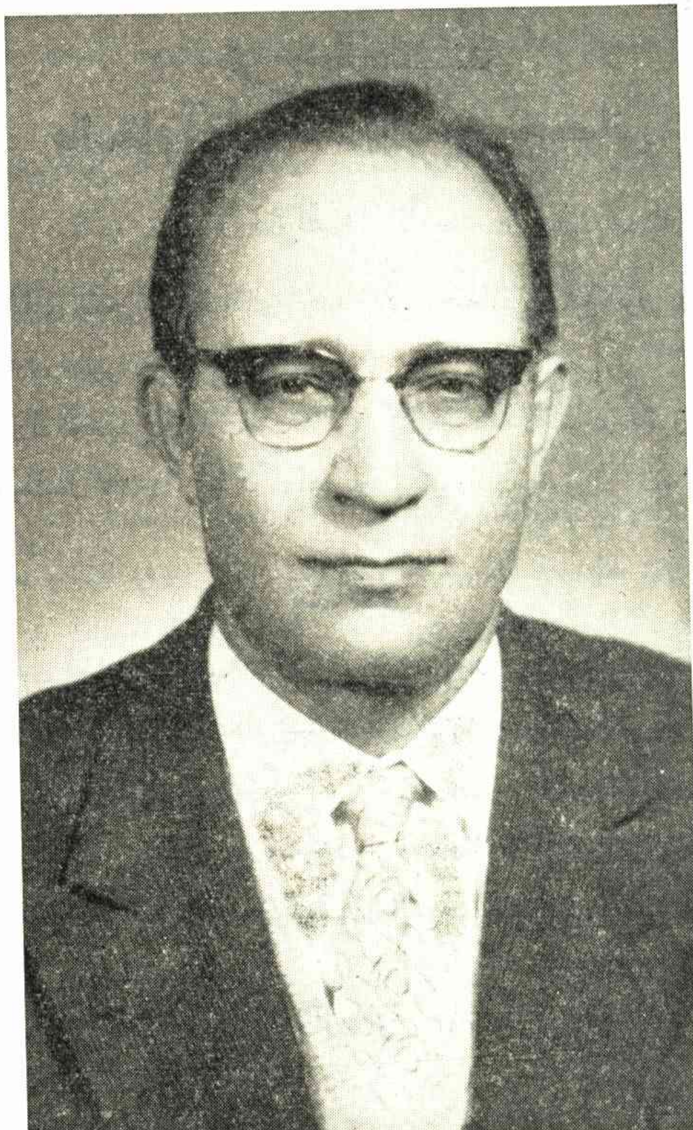




چاپ موسوی ــ تهران



دکتر صبحی محمصانی (مؤلف)



جمال‌الدین جمالی (محلاتی) (مترجم)

# شرح حال دانشمند
# عالیمقام آقای دکتر صبحی محمصانی
# مؤلف کتاب

آقای صبحی فرزند آقای محمد رجب محمصانی در ۲۹ کانون دوم ( ینایر) ۱۹۰۹ میلادی در بیروت تولد یافته است .

مدارک تحصیلی او عبارت است از : ۱- گواهی نامه دکترای حقوق از دانشگاه لیون فرانسه بسال ۱۹۳۲ ۲- گواهی نامه بکالوریا در حقوق B 11 بسال ۱۹۳۵ از دانشگاه لندن .

## مشاغل

تصدّی قضاوت از سال ۱۹۲۹ تا سال ۱۹٤٦ که در آن سال از شغل قضاوت کناره گیری کرده و از آن پس بوکالت دادگستری بسال ۱۳٤۷ اشتغال پیدا کرد واز سال ۱۹۳۸ بتدریس در دانشکده حقوق دانشگاه امریکائی بیروت پرداخت ونیز از سال ۱۹۵۱ در تشرین اول در دانشکده حقوق بیروت بتدریس آنجا مشغول گردید وهم ریاست افتخاری محاکم استیناف لبنان را بعهده گرفته است (وطبق خبر واصل اخیراً بنمایندگی مجلس شورای ملی لبنان انتخاب شده است)

## تألیفات

تألیفات او عبارت است از :

۱- کتاب ( اراء ابن خلدون الاقتصادیه ) نظریات اقتصادی ابـن خلدون که بفرانسه در لیون تألیف کرده است .

۲ـ کتاب (فلسفة التشریع فی الاسلام) فلسفه قوانین اسلام که بسال۱۹٤٦ در بیروت بطبع اول رسیده ودرسال۱۹۵۲ طبع دوم شده و اکنون بانظر مجلس فرهنگی امریکائی مشغول ترجمه بانگلیسی وبانظر حکومت پنجاب پاکستان مشغول ترجمه باردومیباشند :

۳ـ کتاب (النظریات العامه للموجبات والعقود فی الشریعة الاسلامیة) در دوجلد که بسال ۱۹٤۸ دربیروت طبع شده است (کتاب مورد ترجمه).

٤ـ کتاب(الدستوروالدیمقراطیه) دمکراسی و آزادی که دربیروت بسال۱۹۵۲ بطبع رسیده .

۵ ـ کتاب( المبادی الشرعیه فی الحجر والنفقات والمواریث والوصیه ) مبانی اسلامی در حجر ونفقه وارث ووصیت که بسال۱۹۵٤ دربیروت چاپ شده

٦ ـ ( آثار الالتزام فی القانون اللبنانی ) آثار تعهدات درقانون لبنان کنفرانسهائی است که در معهد دراسات عربی عالی در قاهره بسال ۱۹۵٤ القانموده است .

۷ ـ ( انتقال اللالتزام فی القانون اللبنانی ) نقل تعهدات در قانون لبنان کنفرانسهائی است که درمعهد دراسات عربی عالی درقاهره بسال ۱۹۵٦ القانموده است.

۸ـ(الاوصاف المعدل لقانون الالتزام) اوصافی که قانون تعهدات را تعدیل میکند کنفرانسهائی است که در معهد در اسات عربی عالی در قاهره بسال ۱۹۵۸ القا نموده است .

۹ ـ کتاب ( الاوضاع التشریعیّه فی الدول العربیه ) اوضاع قانونی ممالك عربی که درسال ۱۹۵۷ بطبع رسیده.

۱۰ ـ(رسالهاو کنفرانسهای متعدد درامورقانونی وشرعی )

ونیزعضویت مجمع علمی عربی دمشق را ازسال۱۹٤۸ حائز گردیده است.

## جمعیتهائی که درآن شرکت نموده

۱ـ جمعیتهائی که درآن شرکت داشته عبارتند از میسیون لبنانی درکنگره ممالك عربی درقاهره که درآن مستشارقانونی بوده است بسال ۱۹٤۵

۲ـ میسیون لبنانی[۱] در کنفرانس ملل متحد در سانفرانسیسکو بسال ۱۹٤٥ که مستشار قانونی در آن بوده است

۳ - کنگره جمعیت قانونی برای مجمع دول عربی (سوریه) بسال ۱۹٤٦

٤ - کنگره یونسکو منعقد در بیروت بسال ۱۹٤۸ و در فلورانس بسال ۱۹٥۰

٥ - کنگره مطلعین جمعیت علوم فلسفی و انسانی تحت نظر یونسکو در پاریس بسال ۱۹٥۳

٦ـ کنگره تمدن اسلامی برنستون (امریکا) بسال ۱۹٥۳

۷ - جمعیت تعاون اسلامی مسیحی (بحمدون) بسال ۱۹٥٤ وهم در (طهران) بسال ۱۹٥۷

بقلم جناب آقای شکرالله آرین نژاد محلاتی

# سخنی چند دربارهٔ مترجم محترم

استاد بزرگوار جناب آقای جمال‌الدین جمالی فرزند مرحوم حجة الاسلام میرزا فخر الدین طاب ثراه که از اعاظم علماء و روحانیون محلات بشمار میرفت میباشند.

ایشان در سنه ۱۳۲۷ هجری قمری متولد و در سایهٔ پدر بزرگوار خودبرشد و کمال و تحصیلات مقدّماتی پرداختند و پس از وفات پدر در دامن برادر بزرگ و فاضل خویش مرحوم آمیرزا شمس الدّین رحمه‌الله و بعد بخدمت مرحوم حجةالاسلام آمیرزا حسین نوّرالله مضجعه بکسب دانش‌وبینش‌ادامه دادند. بجااست مقال‌سعدی رابزبان‌آورند وبگویندهمه‌قبیله من‌عالمان دین بودند ـ مرامعلم‌عشق‌تو دلبری آموخت .

ودر بدو تأسیس حوزه علمیه قم بمجمع درس استاد علامه مرحوم آیت‌الله العظمی آقای حاج شیخ عبدالکریم حایری پیوستند ودر نتیجه کسب معلومات‌مورد توجه‌مجامع علمی واقع گشتندودوسال هم دربروجرد بمحضر آیةالله العظمی آقای بروجردی شتافتند و افکار و گفتار معظم‌له را از نظر گذراندندو در آنموقع که بمقامات‌علمی و کمالات معنوی‌نائل‌شده بودندبحکم وظیفهٔدینی ووجدانی‌میخواستند برای خدمت‌درراه خداوخلق وارداجتماع شوند ولازم بودبرای‌ادامه‌وتأمین‌زندگی خویش نیزراهی درنظر بگیرند.

باآنکه ازطرف مرحوم داوروزیرداد گستری وقت بشغل قضاوت دعوت‌شدند ایشان ازپذیرفتن‌آن امتناع‌ودرسنه ۱۳۱٤ بسمت سردفتراسناد رسمی منصوب شدند

و دراینکارمدتی دربروجرد وچندی هم دراراك وازسنه۱۳۲٤تا کنون درطهران اشتغال دارند. اضافه بر آن در تهران شش دوره است که بعنوان عضو هیئت مدیرهٔ کانون سردفتران ودرادوار اخیره نیز بعنوان دبیر کل کانون مذکور انتخاب شده اند. ودرهمه حال وبهر لباس بخدمتگذاری شاه ومیهن وحمایت ازحقوق طبقات مختلف بویژه همشهریان خود مفتخر و مباهی هستند. ودرواقع محصول زندگی و نتیجه وجود خویش را همین خدمتگذاری بمردم میدانند و در حقیقت چنین معتقدند: عبادت بجز خدمت خلق نیست (تنها) به تسبیح وسجاده ودلق نیست.

باری: ایشان با همه گرفتاری و مشاغلی که دارند بیشتر ساعات فراغت خویش را بمطالعه و تتبّع و تألیف میگذرانند و کتابهائی که تا کنون نوشته اند از اینقراراست:

۱ـ حقوق مدنی که شرحیست برقانون مدنی ایران
۲ـ رساله ای بعنوان سردفتر دراسلام متضمن تفسیر آیه شریفه مداینه
۳ـ ترجمه کتاب حاضر

**شکر الله آرین نژاد محلاتی**

# تقریظ

بقلم علامه استاد جناب آقای سید محسن صدر (صدر الاشراف) ریاست معظم مجلس سنا

اگرچه هنوز موفق بمطالعه تمام کتاب نشده‌ام ولی تا آنمقدار که مورد ملاحظه واقع شده مخصوصاً مقدمه مبسوطی که مترجم فاضل محترم نگاشته اولاً تتبع وسیع ایشان در مبانی فقه همه فرق اسلامی و قوانین مدنی ممالک اسلامی و نیز مبادی قوانین مدنی بعضی از ممالک اروپا مورد استعجاب است

ثانیاً حسن سلیقه ایشان در ترجمه و تعبیر که گفته‌اند از اصل تألیف مشکلتر است موجب نهایت تمجید است

ثالثاً فواید ترجمه و نشر این قبیل مطالب فقهیه مخصوصاً برای طبقه قضات و وکلاء دادگستری واضح است و حاجت به بیان نیست از خداوند توفیق مترجم محترم را در تهیه و نشر این قبیل مطالب خواستارم.

بیست و سوم دیماه ۱۳۲۹

رئیس مجلس سنا
محسن صدر

# مقدمه

## بقلم استاد دانشمند آقای عبدالحسین ابن‌الدین

بحث ازحقوق فردی واجتماعی یکی ازمباحث مهم علمی است که کمتر بحثی تااین درجه دارای اهمیت میباشد ومیتوان گفت تمدن حقیقی آن جمعیتی‌را است که جهات حقوقی آنهاکامل ورابطه میان آنها برپایه عدالت اجتماعی که مبنای اساسی حقوق است استوار باشد .

بعضی‌ازافراد بواسطه‌پیشرفتهائی که‌درنتیجه ترقی علوم‌طبیعی ورياضی‌ومانند آنهابرای‌بعضی ازملل‌حاصل گردیده وسطح مدنیت رابالا برده‌است ترقیات کنونی‌را تنهامرهون‌این گونه‌ازعلوم‌دانسته وخواسته‌اند ازارزش علوم ماورای‌آنها خواه علوم حقوقی ویاادبی بکاهند وآنهارابچیزی نگیرند اینها دسته‌ای ازافراطیون هستند که تنهاظواهر امررا موردتوجه‌قرارداده وازاساس وریشه آن غفلت نموده‌اند.

راست است که قسمت مهم آنچه ازموفقیت که نصیب دنیای کنونی گردیده مولودفکروتجربه وتجزیه وتحلیل درکارخانه ها ولابراتورها میباشد و بیشتر آنچه ازتمدن‌بچشم میخورد ازاین‌قبیل ازاموراست ولی اینان غافل‌ازاین معنی گردیده‌اند که عامل اصلی این پیشرفتهاچیست؟ وازچه راه توانسته اند براینگونه از امور مادی موفق شوند؟ وبرمشکلات درمقابل خود فائق گردند .

بدون تردید باید گفت عامل اساسی برای این موفقیتها همان اصول حقوقی ومقررات دادرسی است که برای‌آنها امنیت قضائی بوجود آورده و درسایه امنیت قضائی توانسته اند بمقصود اصلی خود که ترقیات مادی است دست رسی‌پیدا کنند

، وگرنه هیچ جامعه ای مادام که مقررات حقوقی عادلانه‌ای میان آنها برقرار نباشد بهیچوجه نمیتوانند قدمی بسوی ترقی بردارند.»

بنا براین مقررات حقوقی را میتوان اساس پیشرفتها قرارداد زیرا هر جامعه ای که دستگاه قضائی آنها مجهز نباشد خواه دارای حقوق وسیع نبوده ویا با داشتن حقوق وسیع اجرا نمیگشته است همچنان در حال عقب افتادگی بسر میبرند،

در کشورهای اسلامی هرچند ازنظراجرای مقررات حقوقی چندان پیشرفتی حاصل نگردیده ولی با توجه بآنکه مقررات حقوقی ومباحث آن بااجرای آنها از یکدیگر جدا میباشدوممکن است دستگاه‌های علمی وتحقیقی از آن دیگر مجزا باشدوبا یکدیگرهم آهنگی کامل نداشته باشند اما ازنظر بحث وتحقیق وتوسعه بسیاردارای ارزش میباشدهرچند درمرحله اجرا فاقدآن مزایا هستند ومسلم است وقتی اجتماعی توفیق کامل پیدا می کند که ازلحاظ قانون وبحث علمی وتئوری باتحقق واجرای خارجی همکاری کامل میان آنها وجود داشته باشد ولی عدم اجرا را نمیتوان دلیل برعدم توسعه‌ز بحث وتحقیق دانست وحقاً باید گفت دستگاه حقوقی اسلامی از کاملترین ومجهزترین دستگاهها میباشد زیرا اساس آن ازوحی است که آنهم ناظر باحتیاجات عمومی است ویگانه ملاك آن همان مقررات عرفی است که تنها مرجع درتشخیص این قبیل ازامورمیباشد که ازابتدا تا دوره اخیرازجمیع جهات کامل بوده واخیراً ازنظراجرا وهنی در آنها حاصل گردیده است.

این قوانین آسمانی درهر کدام‌از کشورهای اسلامی باتصرف ویا بدون تصرف بتدریج طبق احتیاجاتی که برای آنهاپیش آمده صورت رسمیت بخود گرفته ودر هر کدام‌از آنها مانندترکیه ومصروسوریه ولبنان وعراق وغیراینهادرمجالس ملی آنها هم بتصویب رسیده وجنبه رسمی پیدا کرده است.

ازآنجمله کشورایران است که با مختصرتصرفی فقه اسلامی مورد تصویب

قرار گرفت که اساس آن بلکه جزئیات آن ازفقه جعفری گرفته شده است هرچند منشاء این تصویب ازنظرپیروی ازقانون اساسی ایران بوده ولی حقیقت آنست که قوانین بهتروکاملترازآن دردنیای متمدن بدست نیاوردندوخواه ناخواه آنرا بتصویب رسانیدند (۱).

فقه جعفری از آن نظر که ازمنابع اهل بیت رسالت اخذ شده وهم باب اجتهاد درآن مفتوح بوده است یگانه فقهی است که ازابتدای اسلام تا کنون بزرگترین دماغهای مفکردرباره آن بحث مینمودند وهرفقیهی در هر عصری دارای نظریات تازه ای بوده است ومهمترین ثروت علمی رابرای نسل کنونی باقی گذاشته است و با توجه بتحقیقات مهمی که مخصوصاً ازعلمای متأخردرمباحث حقوقی بجای مانده است ماننده صاحب جواهرو شیخ انصاری ودیگران ارزش واقعی آن معلوم میگردد و بتحقیق میتوان گفت نظیر تحقیقات شیخ انصاری برای هیچیك از علمای عالم اسلامی بلکه سایر نقاط دنیا ازغیرمسلمین وجود ندارد وحقیقتاً انسان متحیرمیشود که چقدر میتوان دراطراف یکموضوع تااین درجه بحث وانتقاد نمود ونقض وابرام کرد ودر عین حال که از مدارك فقهی خارج نگردیده میدانهای وسیعی برای بحث و گفتگوبازنموده است گذشته ازمباحثی که قبلا ازناحیه علمای دیگر مانند علامه حلی وشهیدین و دیگران بعمل آمده.وپس از او دیگران هم بآن افزوده اند و حقاً قانون مدنی ایران جزقطره ای ازدریای بیکران تحقیقات فقهای شیعه نیست و نگارنده بامطالعات اجمالی که درسایر کتب حقوقی کشورهای دیگردارد بماهیت این موضوع پی بردموارزش تحقیقات فقهای جعفری را بخوبی دریافته است .

تنها نقیصه‌ای که در تحقیقات علمادرشرایط فعلی بچشم میخوردعدم توجه بتطبیق مباحث علمی فقهی بابعضی ازاحتیاجات دوره کنونی است که درنتیجه اکتشافات اخیر

---

۱ـ دلیل آن اینست که درقانون جزاتصرفات بسیار برای تطبیق باقانون جزای اروپا کرده اند .

وجود پیدا کرده و با روابطی کـه میان جوامع مختلف بوقوع پیوسته که اصول و کلیات آن در فقه اسلامی وبالاخص فقه جعفری موجود است واحتیاج باستنباط از اصول دارد وهیچگونه نقصی ازنظـر اصول مطالب نمیتوان درآن بنظـر آورد وبا مقیاسهائی که‌درموارد دیگردرنظر گرفته‌اندبخوبی میتوان ازهمان‌نظراحکام‌موارد احتیاج رابدست آورد.

مخصوصاً درباره عناوینی که نویسنده این کتاب ذکر کرده است‌بقدری دامنه تحقیقات‌فقها وسیع است که‌بحساب‌نمی‌آید مانندتحقیق در موضوعات حق - حکم - ملك- مال- حق‌انتفاع - مالکیت‌منافع - مالکیت‌انتفاع - مالکیت‌تملك - مثلی - قیمی-ملك‌اعیان- منافع- اشاعه- افراز- تعهد - التزام-ضمان - ملك‌طلق - ملکیت محدود و ناقص - ولایت عام وخاص - فضولی و غیراینها که تحقیقات فقها بقدری دامنه‌داراست که‌مافوق آن‌متصور نیست.

جای‌تأسف است که این‌همه تحقیقات در موضوعات حقوقی ویا جزائی که‌از این‌اخیر بسیاسات‌تعبیر میشود ودرفقه‌اسلامی‌دارای‌اهمیت مخصوصی‌است‌اکنون‌مورد استفاده دستگاه حقوقی واقع نمیشود ومیان‌این دستگاه ازهر طبقه از قضات وو کلا و دانشجویان وجمعی ازاساتید رابطه‌ای برقرارنیست زیراهمه‌آنهادر کتب فقهی‌بزبان علمی محض نگاشته شده و اکثرآنها نیروی استفاده ازآن را چه ازنظرآنکه بلسان علمی‌است وچه‌ازنظر آنکه بلغت‌عربی است ندارندوبسیاری ازآن‌معرض‌هستند

چه بسیار‌بموقع است که دانشمندانی این مباحث راازصبغه‌علمی محض واز لغت‌عربی‌بیرون‌آورند وآنها را دردسترس‌طالبان قراردهند که مناسب‌بااستفاده این طبقه قرارگیردوازاین مواریث علمی‌نسل کنونی نیزبهره‌مند گردند .

هرچند بطورصحیح وکامل انجام‌این امر مشکل بنظرمیرسد زیرابسیاری از اصطلاحات آن‌مطابق‌باهمان‌تعبیرات‌علمی‌است‌ولی‌هرگاه کسانی دراین‌باره‌ابراز‌علاقه کنند و برای‌آن اهمیت بیشتری قائل گردندوعنایت زیادتری مبذول دارند بخوبی میتوانند برمشکلات زیادی‌فائق شوند متأسفانه بقدری این‌حس‌درمیان نسل کنونی

ضعیف شده‌است که امیدی بزنده شدن آن جز نسبت بعدّه معدودی نمیتوان داشت و بیشتر توجه آنها بناحیه حقوق غربی معطوف گردیده است درصورتی که پایه آنها همین فقه اسلامی است

جای خوشوقتی است که جناب آقای دکتر محمصانی که یکی از شخصیتهای حقوقی بین المللی اسلامی وغیر اسلامی میباشند و دراین باره زحمات فوق العاده‌ای رابخود هموار نموده‌اند و رنج مسافرت های بسیاری بمنظور ترویج حقوق اسلامی متحمل گردیده‌اند وهم دارای تألیفات گرانبهائی هستند که فهرست آنهادرضمن‌شرح‌حال‌معظم‌لهذکر گردیده چنانکه دارای‌اطلاعات عمومی بین‌المللی بوده و جامع میان فقه‌اسلامی وحقوق عرفی‌هستند بتالیف کتاب (النظریات‌العامه) دست‌زده‌اند و برتری فقه‌اسلامی رامسلم نموده‌اند .

چنانکه‌دانشمندمعظم جناب آقای جمالی هم درهردوجنبه فقه‌اسلامی وقوانین عرفی‌اطلاعات مهمی دارند وجامع میان فقه قدیم وهم حقوق جدید میباشندبترجمه کتاب مورد بحث که از آثار گرانبهای آقای محمصانی است همت گماشته وبخوبی از عهده آن بیرون آمده‌اند وارمغان مهمی برای عموم طبقاتی که سروکار آنها باامور حقوقی است ازقضات ووکلا ودانشجویان واساتید آورده‌اند که زحمات ایشان ازهر جهت مورد تقدیر میباشد .

ابن‌الدین

## مقدمه

## بقلم علامه استاد آقای حاج میرزا محمدباقر کمره‌ای نزیل شهرری

**ماهیت ومزایای قانون** قانون مقرراتی است که وظیفه زندگانی فـرد و وجامعه را معین میکند وراه وروش همزیستی وسعادت بشر را باو میآموزد بشری که در دست انداز شهوت و غضب و خود خواهیها و گمراهی همه جانبه گرفتار است درپرتو قانون میتواند ازپرتگاه‌نابودی وبدکرداری مصون بماند ودرحدخود بایستد و بادیگران روابط خوب ودوستانه وپاینده‌ای داشته باشد، سیرتکامل بشری که درتاریخ به‌پیش رفته ومیرود او را روزبروز بسوی قوانین بهتر و سودمندتـری کشانیده تاآنجا که تن بحکومت قانون داده وآرمان زندگی خود را در سایـه‌آن جستجو میکند .

هرچه بشر بزندگانی اجتماعی علاقمندتر شده ومحیط بشریت بهم‌نزدیك‌تر وروابط کاملترشده مقرراتقانونی بتدریج توسعه پیداکرده وهمه شئون فـردی و واجتماعی را فراگرفته ودرهر موضوعی کتابی و کتابهائی تدوین شده است قانون درماهیت خود شامل حکم وقضاوتی‌است برای انجام کاری نسبت بفرد یا اجتماع که برپایه مصلحت‌وفایده‌ای‌پی‌ریزی میشود که‌بسعادت مجتمع انسانی کمك‌میکند وبراساس تحصیل سود یاجلوگیری اززیان فرد یاجامعه بررسی میشود وازاین‌نظر قانون از اراده وخواست‌فردی جدا نمیشود زیرا دراین موردسود وزیان سنجیده‌نشده

است وبسااحساس فردموجب اجراء عمل گردیده .

ممکن است یك خودخواه نیرومند برای خودنمائی یا اظهار قدرت یاشفادادن دل آزرده وخشم فروزان خود حکمی کند وبسا آنرابصورت دستوری درآورد ولی این گونه دستورات درماهیت خود براساس مصلحت سنجی نیست .

**اساس و پایه قانون** در قانون سنجش مصلحت وحسن نظام با وضوح مفاد و حسن تعبیر لازم است قانون صحیح همیشه ازپرتو خرد بشری یاسرچشمه الهام الهی میتراود وبراساس سنجش دقیقی تنظیم میشود تاآنجا که عقیده اکثریت تاریخ الهیین بشرآنرا ازخور فهم انسانی برتردانسته ومنحصر بآفریننده جهان نموده واین اصل را میزان لزوم بعثت پیغمبران ساخته و دلیل محکم عقلی نبوت دانسته .

شیخ الرئیس در اواخر اشارات خود آنرا بدین تقریر پرداخته، چون انسانی تنها نتواند زیست وکارخود نتواند کردجزباشرکت دیگران ازهم نوع بوسیله معاوضه وعرضه وتقاضای میان آنان بوضعی که هر کدام کاری برای آندیگر کند که اگر همه راخود متصدی شودمزاحمت فراهم آید وممتنع یادشوار گرددراینصورت بایست میان مردم معامله وعدالتی باشد که شرعی حافظ آن گردد وشارعی آنرا مقرر دارد که بحق فرماندهی ممتاز باشد برای اختصاص او بآیات ومعجزاتی که دلیل باشند ازطرف پروردگار آمده وباید خوشرفتار وبدکردار از طـرف خدای یکتا و توانا جزائی داشته باشند ومعرفت مجازات کن وشرع گذار لازمست ووسیلهٔ باید که معرفت باآن بپاید برای همین منظور بر آنها عبادتی مقررشده که یادمعبودباشندوتکرار آن لازم آمده تامحفوظ بماند وازیادنرود ودعوت بعدلی که زندگی نوع انسانرا بپادارد استمرار یابد ولی جمعی هم سرچشمه خرد بشری را یکی از مصادر صحیح قانون دانسته وبعثت انبیارا براساس مزید تفضل خداوند معنی کـرده اند ودر دانشمندان اسلامی ابن خلدون براین عقیده رفته درمقدمه دوم مقدمه خود میگوید خرد بشری برای اداره نظام انسانی نیروی کافی داردونبوت انبیابعنوان یك تفضل الهی بدلیل نقل

واظهار معجزه ثابت است تاآنکه گوید از اینجا عیان شد غلط حکما درلزوم‌نبوت ومعلوم شد که بحکم عقل نیست ومدرك اثباتش شرع است چنانچــه منهب سلف امت است .

در مصادر اسلامی‌هم‌این اصل‌تأئیدشده است که پیغمبران عقل منفصل بشرند وعقل بشری پیغمبری است که درون افرادبشر برانگیخته‌است ·

( **مصادراولیه‌قانون** در نتیجه باید مصدر اصلی قانون را بوسیله انبیا و عقل نورانی بشر شناخت درقسمت اول قرآن مجید سرچشمه جــوشانی است و میتوان آنرا مصدر اساسی قوانین بشری‌دانست که بعدازنشر اسلام در سراسر جهان‌بوجود آمده‌است)واین کاملا عکس نظریه برخی معاصرینست که گفته‌اند فقه اسلامی از مصادریونانی وروماني تشکیل شده یاکمك گرفته است ومؤلف محترم این کتاب درمقدمه خود بدان اشاره کرده وآنرا مردود دانسته دلیل ما پس‌از تصریحات خود قرآن‌مجید در بسیاری از آیــات بکاملیت واکملیت همه جــانبه تشریعات خــود بررسی‌های متعددی است که پس از نقل برخی از این آیات بشرح آن‌میپردازیم

۱ ـ درسوره مائده‌آیه ۲۳ **الیوم اکملت لکم‌دینکم** امروز دین‌را برای شما کامل کردم مخصوصاً توجه باین نکته لازم است که کلمه دین معنی‌جزائی وتبادل حقوقی دارد این جمله بیشتر معنی تکمیل قــوانین حقوقی میدهد کــه موضوع بحث است .

۲ ـ سوره‌اسراء آیه۹ **ان‌هذاالقرآن یهدی للتی‌هی‌اقوم** براستی‌این‌قرآن بعادلترین وپابرجاترین روش رهبری‌میکند .

۳ ـ انعام ۵۹ **ولارطب‌ولایابس الافی‌کتاب مبین** تــر وخشکی نیست جزاینکه در کتاب مبین هست، درآیات بسیاری کتاب مبین برقرآن تطبیق‌شده.

# بررسیهای مادراین موضوع ازچندنظر است

۱ - ازتأملی درجمله‌های کوتاه ولی پرمغز وعمیق قـرآن در مـوضوعات حقوقی عموماً و درباره آنچه دراین کتاب بخصوص مورد بحث شده‌است مثلا :

الف - (راجع بتصرفات شرعیه بروجه عموم ) سوره بقره - ۲۹

**وهوالذی جعل لکم مافی الارض جمیعاً** اواست که هرچه درزمین است همه را برای بهره‌مندی شما آفریده .

ب - راجع بمال بقره - ۱۸۸ **ولاتأکلوا اموالکم بینکم با الباطل و تدلوابهاالی الحکام لتاکلوا فریقامن اموال الناس وانتم تعلمون**

مال خودرا بیهوده میان خودمصرف نکنیدوبکام حکام نریزیدتا بناحق برخی مال مردم را بخوریدوحال انکه میدانید که مال مردم است نساء - ۵ **ولاتوء توالسفهاء اموالکم التی جعل الله لکم قیاما** مال خودرا که خداوسیله برپانمودن زندگی شمانموده بسفیهان ندهید.

ج - راجع به موجباب (اسباب قهریه‌ضمان) والتزامات ( تعهدات حقوقی ) وراجع به(الجوازالشرعی ینافی الضمان)توبه - ۹۱ **ماعلی المحسنین من سبیل** بر کسیکه کارخوب کند راه حرفی نیست بقره - ۱۹۴ **فمن اعتدی علیکم فاعتدواعلیه بمثل مااعتدی علیکم** هر که برشما تعدی کند بهمان اندازه براوتعدی کنید .

د - در باب فضولی نساء - ۲۹ **یاایهاالذین آمنو لاتاکلوا اموالکم .بینکم بالباطل الاان تکون تجارة عن تراض** ایا کسانیکه گرویدید بدین مال خود را میان خود بیهوده و باطل مخورید جز اینکه ازراه تجارت باشد وبارضایت .

هـ - راجع به موضوع کسب غیر مشروع ص۸۸ که براستحقاق عوض نسبت بتصرفات اصلاحی غیرماذون درمال غیر میشود بقصدَ احسان ممکن است ازآیه ۶۰ درسوره الرحمن **هل جزاء الاحسان الا الاحسان** استفاده کرد .

و - درباب التزامات اصل کلی مائده - ۱ **یاایهاالذین آمنو اوفوابالعقود**

مورد توجه است .

ز ـ راجع بمباحث تعویض بدنی باب‌اول قسم دوم کتاب آیات بسیاری وارد است وبعنوان حدود الهی وقصاص درفقه‌اسلامی مندرج‌است .

اینها نمونه اندکی است ازآیات قرآن مجید که برخی‌ازآنها مورد توجه فقهای اسلامی شده ودرقرنهای عدیده تاکنون ازآنها استخراج قواعدی کرده‌اند و ودر حقیقت باتطور وضع اجتماعی بشر پرتو این آیات کلی قرآن مجید گسترش بیشتری یافته وبامناسبات ظروف زمان هم‌نفس بوده است چنانچه تعلیمات قرآن مجید بهرملتی وکشوری رسیده باهمه تفاوت محیطووضع زندگانی برخودتطبیق کردند ومقصود خود را در آن‌یافتندوچون‌بیانات پیغمبر وصحابه‌را باقرآن پیوست کنیم و کلمات جامع و کلی پیغمبر اسلام که بدان افتخار کرده وفرموده **اوتیت جوامع الکلم** در نظر آوریم و کتاب و سنت را مورد توجه‌سازیم برای استفاده قوانین بدریای زخار پرموجی روبرو شویم که از هر تشبث دیگر بی‌نیاز است .

**(۲)از نظرسنجش طبع‌عرب** که حامل شریعت‌قرآن بودند و تاقرنها قانون گذار منحصر محیط اسلام وجهان بشمار میرفتند .

عرب بطبع خود امی و درس نخوانده بود وبکتاب و نوشته نزدیك نمیشدو وبا آن آشنائی نداشت وتاهنگام نزول قرآن‌مجید این‌شیوه را ازدست‌نمیداد و بهمین جهت یهود ونصاری که‌باعرب مخلوط شده بودند در برابر آنها اهل کتاب، شمرده میشدند وپس ازنزول قرآن‌بیشتر آنها از حفظ آنرا می آموختند وخواندن ونوشتن نمیتوانستند پیغمبر(ص) هم آنهاراازآشنائی‌باکتابهای دیگرمستغنی‌داشت‌واین‌طبع واین‌دستور درصحابه وتابعین نفوذ بسزائی داشت چنانچه در تاریخ فتح مصر آمده است که پس‌از تسلط کامل عمروبن عاص فاتح برمصر و کاوش خزائن آن ببقایای کتابخانه مهم و بزرگ مصر اطلاع‌یافت که ازرمان دانشمندان بطالسه‌درآن‌مجتمع

شده بود وازعمر درباره آنها دستور خواست جواب دادهمه‌را برحمامیها تقسیم کند تابسوزانند وباین‌دلیل‌اعتماد کرد که اگر مندرجات آنها باقرآن مجیدموافق‌است ما ازآن مستغنی هستیم واگر مخالف‌است‌باید آنرا ازبین ببریم همین‌اصل عمری تاقرنها مورد توجه مسلمانان فاتح بود وفقه اسلامی درهمه مذاهب‌خود تا اواخرقرن دوم که دوران احمدبن حنبل است نضج کامل یافت ومدون شد و تاآنروز ترجمه کتابهای رومانی ویونانی هنوز رواجی نداشت و خصوص نسبت بموضوعات فقهی و قوانین بهیچوجه‌مورد توجه مسلمانان نبوده وفقه‌اسلامی بود که در سراسر جهان مورد عمل بود ازاندلس‌بهمه ملل‌اروپا واصل‌شد .

نکته‌دیگری که دراینجا قابل توجه‌است این‌است که علمای بـزرگ فقه و قوانین اسلامی همه‌ازصمیم‌عرب ودرقلب بلاد عرب تحصیل کرده وفکر فقهی‌خودرا تکمیل نموده‌اند وتنها ابوحنیفه از نژاد فارسی‌است اوهم درکوفه متولد شده و در محیط‌عرب تربیت شده واستادان اوهمه از صمیم عرب بودند وعلاوه از آنکه دلیلی نیست که فقهای مذاهب اسلامی از هیچ مبدء رومانی ویونانی وغیره کسب‌اطلاعات کـرده باشند تـاریخ و بررسی وضع آنـان از نظر مدارس وبلاد و اساتید دلیل برخلاف آنست .

۳ ـ ازنظر سنجش قوانین و کلیات فقه پرمغز اسلامی باآنچه در این زمینه از قواعدفقه‌رومانی نقل شده‌است‌دریك نظردقیقی‌روشن‌است که‌آن کلیات‌اندك‌ونارسا نمیتواند پایه‌واساس این فقه وسیع‌وپرمعنای‌اسلامی باشدمثلادرصفحه۲۳ کتاب گوید در رومان گفته‌اند زمین ازآن‌هر که‌باشد تا آسمان و تا اعماق زمین ازان اوست ــ ودرصفحه ۳۵ گویدرومیان گفته‌اند (هر که‌حق خودرابکاربرد باحدی زیان‌نرساند) وازاین گونه کلیات درضمن مباحث کتاب نقل شده‌است که وقتی باکلیات قرآن وسنت سنجیده شود بسیار سبك‌بنظرمیآیدنتیجه اینکه فقه اسلام مصادرغنی‌ومستقلی ازکتاب وسنت داشته ودرپرتو تعقل علمای اسلامی آخر قرن دوم مورد بحث‌قرار

گرفته وفقه مذاهب اسلامی متشکل شده وبا انتشار اسلام درمحیط وسیع فتوحات خود وتوجهی که جامعه‌اسلامی بفقه‌واحکام‌خود داشته و آنرا تنها مستند اجرائیات خود میدانسته در سراسرجهان پخش شده ومتفکران قانونی اروپا و سایر نقاط که قرنها بعد بوجود آمدند ازآن استفاده نموده وآنرا درقالب‌تفکر وسیاق محیط‌خود درآوردند وشاید درضمن مشابهاتی هم ازفقه‌قدیم روماں بدست آوردند

منظور این‌است که از نظر جوهر قوانین‌نیازی بمبادی ومصادر رومانی نیست ولی مصنف این کتاب رنج این موضوع را همواره کرده است وقوانین فقه‌ومقررات مذاهب مختلفه اسلام را برفقه‌جدید وقدیم روماں واروپاعرضه نموده‌واین‌خوداز‌دو جهت مورد اهمیت است .

۱ ـ این‌ریشه‌بندی وسنجش‌میان‌قوانین‌مختلفه‌وسیله تمرکزقوانین وتسجیل فکری مطالعه کنندگان میشود ومواردامتیاز نظریات فقهی در ملتهای مختلف‌روشن میگردد وتأثیر ظروف ومناسبات مختلفه‌دراختلاف نظر وقضاوت نسبت بیك‌موضوع بدست میآید و این خود سبب میشود که بدرستی ومتانت فقه‌اسلامی توجه‌واعتماد بیشتری بوجود آید .

۲ ـ بوسیله این سنجش وبررسی مبادی مشترك قوانین که مورد قبول همه ملتها است بدست میآید وازاین راه میتوان‌پی برد که چه مبدأی در فقه وتشریع قوانین مورد اتفاق جهانیان‌است‌وازاصول‌اولیه‌وبدیهیات قانون گذاری بشمارمیرود واین‌گونه مبادی عمومی ومورد اتفاق درفقه قوانین بمنزله اصول موضوعه یاعلوم متعارفه‌ایست که درریاضیات مبدء اساسی‌حل قضایای مبهم‌وبغرنج محسوب‌میشود .

## ریشه‌بندی‌قوانین‌ازسه‌جهت باید بررسی شود

اول ازنظر تاریخ قوانین بشری یك قانون را بایددر گذشته تا آنجا که میسر است‌موردمطالعه قراردادوفهمیدازچه زمانی عقول بشری بدان‌متوجه‌شده وآنرا پایه

گذاری کرده است واگر بتوان تحولات و تغییراتی که در آن قانون بوجود آمده معین کرد ودوران تطور آنرا روشن نمود بسیار درس مفیدی خواهد بود برای فهم مناسبات عصور ودرك تطوّر عقل بشری نسبت بموضوع قانون گذاری ومصنف این کتاب درمواردی‌ازباب مقدمه‌چینی بیان مختصری‌دراین‌باب‌ایراد کرده است‌چنانچه درصفحه ۱۳٦ درتمهید فصل ثالث راجع بجنایات وجریمه های تنی گوید کیفر جنایات جسمی براثر خونخواهی وانتقام شخصی پدید شده است واین موضوع در عصور قدیمه اساس نظام مجازات بوده است وبهمین سبب قوانین دیرین بشر نسبت بجانیان بسیار سخت میگرفته تا آنانرا از آن باز دارد ونفوس وخون مردم محفوظ ماند سپس گوید باتطوّر ملتها وتحول اززندگی بدوی بزندگی مدنی وشهرنشینی وضع کیفری‌هم عوض شد وموضوع خونخواهی وانتقام جوئی که مبدأ شخصی بود تخفیف یافت ومنظور عمومی تادیب وجلوگیری از تکرار جنایت بجای آن نشست تا آنجا که‌اعدام منحصر بکیفر قتل عمد است و درجنایتهای دیگر موضوع ندارد و در جرح و جریمه جسمی‌قصاص متروك‌است‌وبجای‌آن زندان وجریمه نقدی‌مقرر شده است.

دوم بحث از ریشه‌های قانونی ازنظر مصادر عرفی وقضاوت عمومی بشرزیرا هر ملتی یك تعقل مشترك وهم آهنگی وجدانی دارند که براثر آن جمله‌های کوتاه پر معنائی که مصدر قانونی است بوجود میآید و بسا برای آنها قائل وحاکم مشخص نتوان یافت وازاین‌قبیل است ضرب‌المثلهای سائره ودائره که نماینده‌تعقل وادراك مشترك آنها است چنانچه درباب کیفر قصاص این مثل عربی معروف بود ( **القتل انفی للقتل** ) و در زبان پارسی این مثل معروف است (**کلوخ انداز را پاداش سنك‌است**) ونمونه قضاوت کیفری دارد .

یکی از شاهکار های این کتاب سنجش مذاهب متعدده فقه اسلامی است و خصوص درضمن توجه بفقه مذهب جعفری وسنجش آن باسایر مذاهب چنانچه در

باب فضولی قول بتوقف براجازه را از شرایع الاسلام محقق در ردیف اقوال علمای مذاهب دیگر آورده است وفایده این سنجش وبر آورد الفت میان فرق اسلامی وبهم نزدیك کردن آنها ورفع عداوت و کینه‌ایست که دشمنان اسلام قرنها کوشیدند تا میان فرق مسلمانان بوجود آوردند .

بهرحال مطالعه این کتاب خصوص برای کسانی که نیاز بدانستن قوانین حقوقی وجزائی‌دارند برای نیل بمناصب قضائی‌ووکالت وهمچنین برای‌دانشجویان دانشگاه حقوق بسیار لازم ومفید است زیرا آنها را باصول قوانین وریشه تاریخی و فکری آن‌آشنا میکند ودرپرتو سنجش قوانین مختلفه بایك دیگر فکر وذهن آنها برقانون مسلط میشود وبدرستی آنرا درك میکنند .

سوم ازنظر مدارك استنباطی مثلا در فقه اسلام مدارك استنباط متعددی وجود دارد که بترتیب عبارت است از :

۱ـ قرآن مجید

۲ـ سنّت ثابت پیغمبر (ص) ازگفتار و کردار تعلیمی وامضای وضعیت معاصر خود که آنرا سنّت تقریری خوانند.

۳ـ گفتار اصحاب معتبر پیغمبر (ص) خصوص خاندان معصوم وپاك او .

٤ـ اتفاق تابعین که شاگردان اصحاب پیغمبر بودند و از واقعیت احکام بدین‌مناسبت خبر داشتند بخصوص سلسله ائمه هدی سلام‌الله علیهم که خانـدان آنحضرت واهل بیت بودند ( **اهل‌البیت ادری بمافی‌البیت** )

٥ـ استنباط وفهم استادان مسلم وامامان فقه‌اسلامی .

٦ـ عقل ـ که درهمه مذاهب اسلامی درشمار ادله احکام‌وقوانین مقرر شده ودر اندازه اعتبار آن و حـد مدرکیت آن اختلاف مهمی وجود دارد وفقه حنفی آنرا تاحدقیاس واستحسان وملاحظه مصالح مرسله بسیار کش داد واز حد بدربرده است وشاید علت اساسی بعضی ازاین توسعه‌ها عدم توجه وتعمق درمعانی ایات‌قرآنی

وکم اطلاعی ازهمه مواد سنت نبوی وعدم احاطه بحقایق آنها بوده است ودر طول تاریخ دانشمندان بزرگ اسلام بیشتر بمطالعه قرآن مجید پرداختند واستفاده های گرانبهائی ازآن نمودند. علمای اهل بیت بیشتر از دیگران واقف بحقایق قرآن مجید بودند و ریشه احکام را در هر موضوعی از آن جستجو میکردند و بمردم میآموختند .

بهرحال پس از تأمل در مسائل حقوقی واطلاع ازنظریات دانشمندان حقوق امروز در مناطق مختلفه جهان مطالعه وتعمق در کتاب وسنت بسی امر شایستهایست برای پی بردن بحقیقت ودریافت عظمت تشریعات قرآن مجید .

دراین زمینه استاد دانشمند دکتر صبحی محمصانی ازاساتید حقوق مسلمان لُبنان این کتاب را بنام (**النظرية العامة للموجبات والعقود**) تألیف نموده است وتحقیق وسنجش بسزائی درزمینه معاملات واسباب‌ضمان وجنایات درآن درج کرده وبطور اختصار بریشه‌های قوانین ومقررات این‌موضوعات اشاره نموده وپیوست آنها را تافقه رومان آشکار ساخته واختلاف نظر فقها را در این مسائل یادآوری کرده و اشاره بادله هر کدام نموده است .

مؤلف عالی قدراین کتاب درتحصیل مبانی حقوق رنج فراوانی برده و در مقامات قضائی مهمی چون ریاست استیناف وتدریس حقوق و تدوین حقوق اسلامی عمر گذرانیده ودارای استعداد سرشار ومهم رسائی درموضوع حقوق ازنظر تاریخ و تطورات آن میباشد که از مطالعه کتاب پرارزش دیگر او بنام **الاوضاع التشريعيه** بخوبی هویداست دراین کتاب قانون گذاری محیط عرب را از ریشه های عرفی و عادات دوران قدیم استخراج کرده وآنرا نتائج وضع زندگانی عرب دانسته وتطور آنرا بدوران پیدایش اسلام وقوانین مقدس قرآن پیوسته و با اختصار پایه گذاری و مصادر فقه اسلامی و دوره پیدایش رسمی فقه اسلامی را شرح داده وسپس ببحث اختلاف مذاهب فقه‌اسلامی پرداخته ومذاهب عمده فقه اسلامی ومصادر هر کدام را

بیان نموده است وفقه مذهب شیعه را هم درشمار فقه مذاهب دیگر قرارداده .

ازبررسی کوتاهی درقسمتی از آثار باارزش آقای محمصانی مؤلف گرامی این کتاب باید تصدیق کرد که :

۱- دارای قریحه سرشار وذوق قضائی وفهم قانونی عمیقی است .

۲- درتاریخ تطور ونشوء قوانین درمحیط عرب واسلام مطالعه بسزائی کرده است وبرای تطبیق وسنجش آن بایکقسمت ازقوانین جدید اطلاعات خارجی‌وسیعی بدست آورده است وازفهرست مصادری که برای کتب عربی وغیر عربی در آخر کتاب(الاوضاع‌التشریعیه) خود درج کرده‌است بخوبی روشن‌است که مؤلف گرامی تتبع ومطالعه‌جامع وپی گیری دراین‌زمینه داشته ولی‌بااین حال‌متأسفانه‌مطالعات‌او نسبت بفقه شیعه امامیه اثنی عشریه که همجوار او هستند کم بوده و توجه بسزائی بدان نداشته :

۱ - نامی از اساتیدفقه‌شیعه که ازقرن‌چهارم تاکنون‌شهرت جهانی دارندنبرده واز کتب فقه شیعه بذکرمتن شرایع‌وشرح آن اکتفا کرده .

۲ - باین نکته قابل توجه‌اشاره نکرده که پس ازسدباب اجتهاد در محیط‌فقه مذاهب‌اربعه ازقرون اولیه‌اسلام وتوقف افکار فقهی وجمود وتطوران باب اجتهاددر فقه شیعه بازبوده است وبراثر این‌موضوع در هرقرنی اساتید فقه شیعه قواعد و کلیاتی در فقه استنباط کرده‌اند که ارزش بسزائی دارد ودر قرن ششم اسلام قواعد محمدبن مکی شهید ازاهالی جبل عامل وقواعد علامه فقید حسن‌بن یوسف مطهر حلّی‌یکی ازمظاهر این‌روح آزاد فقه‌شیعه‌است،خوب بود مؤلف‌محترم این‌دو کتاب را در ضمن مصادر خود مطالعه کرده‌باشد ونامی ازآنها برده‌باشد بعلاوه در همین‌قرون اخیر فقهای شیعه در فرمول گیری و قانون بندی مسائل حقوقی فقه افکار قابل توجهی دارند مثلا :

**الف- درباب ضمان کلما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده**

ب - مالا یضمن بصحیحه لایضمن بفاسده
ج - قاعده اقدام
۵ - در باب التزامات قاعده من ملك شیأ ملك الاقرار به ۲ قاعده علی الیدما اخذت حتی تودی قاعده شروط ضمنی در باب عقود و توسعات آن

۳ - برای همین بی توجهی پاره‌ای اشتباهات روشن در کتاب اوضاع التشریعیه واقع شده است نسبت بقضاوت در باره فقه شیعه که از استادی مانند ایشان مورد تعجب است .

در ص ۱۱۱ در شرح ادله فقه مذهب شیعه امامیه گوید .

ادله تشریع در این مذهب قرآن کریم است پس از آن سنتی که سندش باهل بیت برسد که آنرا اخبار نامند و پس از آن اجماعی که شامل قول امام معصوم باشد اما قیاس نزد اصولیین مقبول است و نزد محدثین که باخباری معروفند مردود است .

اشتباه این بیان در اینست که باصولیین مذهب امامیه نسبت داده است که قیاس را قبول دارند درصورتیکه همه فقها ودانشمندان شیعه باتفاق قیاس را دراحکام دین باطل ومردود میدانند ویکی ازامتیازات روشن بین فقه شیعه وسایر مذاهب همین است ودرهمه کتب اصول وفقه شیعه بطلان قیاس بقول مطلق مورد قبول است و در مبحث اجتهاد وتقلید که معمولا آخرین مبحث اصول است بطلان قیاس را مدلل میدارند .

شیعه امامیه معتقدند که ازصدراسلام تا غیبت امام دوازدهم (ع) که دوقرن ونیم است مرجع معصوم لازم الاتباع در میان امت بوده وهمه احکام مورد حاجت ازاو اخذ شده وچهارصد اصل دراین باره بدست آمده که رفع حاجت امت را درمسائل مختلف نموده ونیازی بقواعد عقلی برای احکام شرعی نیست .

آری درعین حال اصولیین عقل راهم دلیل احکام میدانند مااشاره کردیم که دخالت عقل درمدرك احکام شرعیه مراتب بسیاری دارد که در زمینه افراط ومبالغه در آن بقیاس واستحسان ومصالح مرسله میرسد واصولیین از فقهای شیعه عقل را نسبت

باحکام ووظائف دلیل و کمك دلیل میدانند ولی باتفاق قیاس رادراحکام باطل میشمارند واعتباری برای آن قائل نیستند مادراینجا چند نمونه از اعتماد فقهای شیعه دراحکام به عقل بیان میکنیم .

۱ـ ادراکات قطعی عقل نسبت بامور شرعیه حجت وواجب الاتباع است مثلا الف ـ شکر منعم واجب است (ب) اطاعت پیغمبر وامام معصوم واجب است (ج) یقین بتکلیف یقین بامتثال لازم دارد

۲ ـ مسئولیت مکلف باحکام شرع تا آنجا است که بـر اوثابت شده ونسبت باحتمال تکلیفی که دلیلی ندارد مسئولیتی برمکلف نیست ـ قاعده برائت

۳ ـ دوحکم منافی در آن واحد متوجه مکلف نتواند شد .

٤ـ دراستفاده ازنصوص کتاب وسنت هم استمداد ازادراکات عقلی برای تحقیق وفهم مضامین آیات قرآن وحدیث می نمایند وبحثهای چندی دارند مانند بحث مفهوم ومنطوق .

ه ـ از تعمق در اخبار وارده در موضوعات عملیه خاصه فـرمولها و کلیاتی بدست میآورند ومفهوم کل میگیرند از نظر مساعدت عقل بالغاء خصوصیات مـورد

وبدرستی روشن است که هیچیك ازاین موارد مربوط بقیاس نیست آری میان اصولیین مذهب امامیه واخباریین در دخالت عقل نسبت باحکام و اندازه مدرکیت آن اختلافی هست ولی درعین حال همه باتفاق قیاس را باطل میدانند .

اشتباه دیگری هم ازاین شرح مؤلف گرامی فهم میشود و آن اینست که گویا امامیه سنت را منحصر باخبار مسند بامام میدانند واخبار مسند بهشخص پیغمبر رامورد اعتبار نمیدانند البته عبارت ایشان موهم این معنا است ولـی شاید مقصود ایشان چنین نباشد .

بااینکه فقهای امامیه احادیث منسوب بخود پیغمبر (ص) را معتبر میدانند و در کتب حدیث آنان اخبار نبّویه بسند معتبر درنظر آنان فراوانست .

# سخنی درباره ترجمه کتاب ومترجم محترم زید توفیقه

استاد دانشمند آقای جمال الدین جمالی محلاتی فرزند برومند یکی ازخانواده‌های علمی وخوش سابقه محلات که از گهواره در پرتوپرورش علم وفضیلت خانواده جوانی ارجمند شده ودرحوزه علمیه جوان ونیرومند شهر مقدس قم زیر سرپرستی پدرانه مرحوم آیت‌الله آقای حاج شیخ عبدالکریم یزدی مؤسس حوزه علمیه پر افتخار قم بکسب فضیلت وتکمیل معلومات خود پرداخته وبرای انجام خدمت بهموطنان خود تصدی دفتر اسناد رسمی را قبول نموده ودرشهرستانهای چندی باراستی ودرستی این شغل خطیر اجتماعی را انجام داده واکنون قریب پانزده سال است که درتهران در ضمن اداره دفترخانه اسناد رسمی که مورد توجه عموم است بمطالعه و تتبع در کتب حقوق از نواحی مختلفه وخصوص نسبت بآنچه مربوط باسناد ومعاملات وعقود است میپردازد وعشق وعلاقه ایشان بتکمیل مبانی حقوقی او را به‌تتبع کتب مختلفه و کتب برادران اسلامی لبنان واساتید حقوق آنکشور مترقی کشانیده ودنبال این علاقمندی وشوق بفن حقوق و تحقیقات آن دراندیشه ترجمه کتاب **النظریات العامه للموجبات والعقود** افتاده برای آنکه هموطنان ایرانی راکه آشنائی کامل بزبان عربی ندارند در این سیر ومطالعه حقوقی باخود همراه کند تردید نیست که در باره ترجمه این این کتاب رنج فراوانی برده است زیرا نقل این گونه کتب بزبان فارسی از نظرهای متعددی دچار اشکال وسختی است .

۱ ـ زبان عربی ازبدوتاریخ درتعبیر ازمقاصد الفاظ وسیع وجمله بندی بلیغی داشته واشاره‌های گوناگونی که در زبانهای دیگر بویژه فارسی کمتر یافت میشود ودرتحول اوضاع اجتماعی واتصال معلومات غربی بشرق فرهنگستان دول عربی زودتر وجدی‌تر متوجه شد که معانی تازه درآمدفنی وعلمی غرب را بازبان عرب تطبیق دهدودر مفردات واسلوب تعبیر میان دوزبان یك هم آهنگی ایجاد کند که این موضوع

هم با توجه ودقت در زبان فارسی انجام نشده است و ازاین‌راه مترجمین کتب عصری زبان عربی بسیار دچار اشکال میشوند و بسیاراستادی میخواهد که مضامین عربی را خصوص‌در موضوعات علمی‌وفنی بطور کامل درقالب تعبیرات فارسی‌بریزد

۲ - تطور مسائل علمی وفنی معانی وتعبیرات ناما‌ٔنوسی نسبت بعرف و تفاهم سابق بوجود آورده که شاید پاره‌ای ازآنها بقالب تلفظ و صحنه تفاهم زبان فارسی نیامده ودراین موارد مترجم سر گردان میشود که بچه تعبیر مأنوس و قابـل فهمی مطلب را ادا کند.

۳ - یك موضوعات‌قانونی وفقهی که درسطح‌مشترك میان همه مذاهب‌اسلامی ومیان آنها ونظریات جدید سایر ملتهای امروزه طرح شده بسیار از افکار معمولی دوراست وتنها اشخاص فنی‌وکسانیکه سابقه مطالعه‌دارندمیتوانند مقاصد اصلی‌بحث را درك کنند دراینجاهم مترجم‌وقتی علاقه دارد موضوع رابافهام عمومی نزدیك کند بسا دربن‌بست دچار میشود.

بهرحال مطالعه این کتاب برای کلیه کسانیکه بـا قوانین حقوق سرو کار دارند چون قضاة محاکم ووکلای دادگستری وشاگردان مدرسه حقوق بسیارلازم ومفید است زیرا موجب تقویت‌ملکه وروح قانون فهمی‌است که در همه این موارد بسیار مورد اهمیت‌است.

مترجم دانشمند ومحترم در این ترجمه کوشش بسیاری نموده که مطالبرا بزبانی‌شیوا وساده‌ادا کند ومطلبرا درخور فهم‌طبقات مختلفه ونیازمندان بمطالعات حقوقی در آورد.

شهرری - محمدباقر کمره

بسم الله الرحمن الرحیم

## مقدمه مترجم

کتابی که ترجمه آن از نظر خوانندگان میگذرد یکی از آثار گرانبهای دکتر صبحی محمصانی استاد حقوق در دانشگاه آمریکائی بیروت میباشد.

دراین کتاب بطور جالب و نوینی خلاصه آراء و کلیاتی درباب التزامات وعقود ازمذاهب اربعه فقه اسلامی جمع آوری شده و با نظریات کلی قوانین مدنی عصر حاضر در دنیای غرب تطبیق و مقایسه گردیده

فقه اسلامی بااستحکام مبانی و دائره وسیعی که درجمیع مایحتاج جوامع بشری دارد ازلحاظ وجود قواعد و نظریات کلی در آن قابل تطبیق باهر تحول و تطوری در اجتماعات میباشد.

بسیارلازم بود که علمای متمکن آنرا بدنیای غرب معرفی نمایندتاباقوانین موضوعه‌ای که مولود افکار عقلای بشر بمقتضای عرف و عادت و مقتضیات زمان میباشد مقایسه وتطبیق شود

طرفین مقایسه دراین کتاب قوانین مدنی اسلامی و قوانین مدنی غرب است وصف مشترك بین آنها یك سلسله اصول مسلمه‌ایست که نمیتوان آن اصول رامختص بملت و شریعتی دانست بلکه تمام ملل و شرایع در آن اصول شرکت دارند زیرا در هراجتماعی که مدنیت بوجود آید قهراً روابط حقوقی بین آنها مستقر میشود و لذا عقد و حل وربط وفك ازاصول مسلمه‌ایست که مورد احتیاج هرملت وازلوازم بقای نظام اجتماعات بوده وهست اعم ازمعاملات و مناکحات و مواثیق وعقوبات ونظائر اینها که

اختصاص بیك ملت و شریعتی ندارد بلکه تمام ملل و شرایع در این اصول مشترك میباشند.

لکن خصوصیات و شرایط و اسباب انعقاد و آثارمترتبه براین‌سلسله‌ازاصول عامه درهراجتماع وملت و قومی متفاوت میباشد مانند خرید و فروش ازدواج و طلاق و نوع جرائم وتوارث وامثال اینها و درمقایسه قوانین وصف مشترك‌بین‌طرفین مقایسه همین اصول مسلمه عملی میباشد و آنچه مورد مقایسه و مطابقه بین قوانین درنظرمحقق قرارمیگیرد. همین خصوصیات وشرایط و اسباب است تا معلوم شود کدام‌یك ازقوانین‌بیشترو بهترمیتواند حقوق‌فردی‌و اجتماعی‌جماعات‌راتأمین‌نماید.

طرفین مقایسه‌دراین‌کتاب ازلحاظ نحوه تشریع و قانونگزاری مباینت‌کلی دارند زیرا هریك مبناومسیری جداگانه دارند مبنای فقه اسلامی کتاب وسنت‌است که مرجع آن اراده الهی و وحی منزل است و مبنای حقوق غرب متروکات روم قدیم و صادرات قوای‌مقننه ممالك‌غربی است ولی بطوریکه مقدمتاً بیان شدتمام‌این قوانین درجوهره‌و ماهیت‌شرکت دارند و نظرنهائی ازتمام این قوانین حفظ‌عدالت اجتماعی و بقای نظام اجتماعات است.

دکترصبحی‌محمصانی این موضوع‌مشکل را وجه همت خودساخته و باتوجه بتمام مشکلاتی که وجودداشته‌انصافاًخوب‌آنرا بمقصدرسانیده کلیات‌راجع‌بموجبات التزام‌وعقود را ارابواب‌مختلفه فقه اسلامی‌بااختلافاتیکه‌درمذاهب اسلامی‌واختلاف نظرهائی که بین فقها درهرمذهب درمسائل فرعیه موجود است جمع‌آوری کرده‌و هریك را درمحل خود قرارداده و بانهایت قدرت مسائل هریك ازمباحث‌راتحلیل و و تنقیح نموده و همانطوریکه‌مسائل‌فقهی را مانند یك‌فقیه متتبع درهریك‌ازمذاهب اربعه اهل سنت بحث و تحلیل کرده درمبانی حقوق غربی نیزهمان قدرت علمی‌را بخرج داده و بدون اینکه مبالغه یا اعمال تعصب مذهبی نماید قوانین طرفین را در معرض افکاراهل دانش و نظرقرارداده.

دوسیستم‌قانون که‌یکی ناشی‌ازوحی والهام واراده‌الهی‌است ودیگری که مولودافکار بشرمیباشد وپایه آن روی عرف وعادت ومقتضیات سیاسی واقتصادی قرار گرفته باید موردمقایسه قرار گیرد .

مابه‌الامتیازقوانین اسلامی ازقوانین‌غربی‌اینست که‌قوانین‌اسلام برپایه‌ایمان وعقیده استوار گشته لکن‌قوانین غربی‌مبتنی برتشکیلات‌است والتزام بآن‌ازوظایف ملی واجتماعی است .

ربرت‌جاکسون دادستان‌دیوان کشور ممالك متحده‌آمریکا درمقدمه‌منصفانه‌ای که‌بر کتاب حقوق‌اسلامی نوشته‌بحقایقی نسبت‌بقوانین اسلام اعتراف کرده‌من‌جمله باین‌نکته توجه نموده‌مینویسد :

بنظر یکنفر آمریکائی اساسی‌ترین اختلافات در روابط میان قانون ومذهب قرارداردرغرب حتی کشورهائی که عقیده‌محکم به‌تفکیك سیاست ازمذهب ندارند سیستم قانونی را یك موضوع دنیوی میدانند که مقتضیات وقت در آن رل بزرگی بازی‌میکندمجالس مقننه‌برای‌وضع قانون‌ومحاکم برای‌اجرای آن‌بوجودآمده‌اینها تمام از تأسیسات این‌جهان بشمارمیرود که بادولت سروکار دارند قانون ما در آمریکا تکالیف مذهبی رامعین نمیکند بلکه هوشیارانه آنها را حذف میکند لذایك شخص آمریکائی در همان حال که فردی مطیع قانون است ممکن است از حیث اخلاق پست وفاسد باشد بعکس درقوانین اسلام چون سرچشمه و منبع قانونگزاری اراده خدا است که بر رسول او محمد (ص) مکشوف و عیان گشته این قانون الهی تمام مؤمنین را جامعه واحدی میشناسد ولو از قبایل و عشایر گوناگون و در محل های مختلف ومجزا بوده باشند زیرادراسلام مذهب نیروی صحیح وسالم والتصاق دهنده جماعات میباشد نه ملیت وحدود جغرافیائی در اسلام خود دولت مطیع وفرمانبردار قرآن است و مجالی برای قانون گذاردیگر باقی نمیگذارد چه رسد باینکه اجازه انتقادوشقاق ونفاق دهد بنظر مؤمن این جهان دهلیزی است بجهان دیگر قرآن

قواعد وقوانین وطرز سلوك افراد نسبت باجتماع معین میکنند تا آن تحول سالم را ازاین عالم بعالم دیگر تأمین نماید .

دادستان دیوان کشور ممالك متحده آمریکا میگوید ازدیرزمان گمان میبردیم که دنیای اسلام چیزی بکتاب حقوق معرفت بشری نیافزوده قوانین اسلام در نظر ما بیشتر باجنبه تخیلی جلوه گر میشد ولی تعمق درقوانین اسلام نشان میدهد که این عقیده خودپسندانه را در هر کجا که باشد باید برطرف ساخت و میتوان گفت که حقوق اسلام برای تتبع ومطالعه هرحقوقدان آمریکائی که بخواهد مقایسه‌هائی دررشته حقوق بعمل آورد زمینه بسیار خوبی است حتی بامختصر آشنائی تصادفی و معلومات سطحی این حقیقت رامییابیم که مشخصات برجسته قانون مادرمتشابهات آن نیست بلکه در موارد اختلافشان میباشد درمتعارفات آن نیست بلکه در تضادشان است .

ربرت جاکسون پس ازاین بیانات میگوید حقیقت اینست که همین سیستمی که غیرعملی قلمداد میشود توانسته است اعمال بزرگی را بطرز حیرت انگیزی انجام دهد نیروی حیات بخش روش محمدی درظرفه یکقرن پس ازرحلت محمّد(ص) قوم وعشیره اورا باآنکه فاقد یك دولت متشکل واقعی ویك قشون ثابت بود قادر ساخت برسواحل افریقای مدیترانه استیلایابد اسپانیا رامغلوب ساخته فرانسه رامورد تهدید قرارداد .

ربرت جاکسون توجه بقسمتی از مزایای قانون اسلام نموده وبآن اعتراف کرده باتوجه بزمان تشریع این قانون مقدس ومکان آن اوضاع جزیرةالعرب در چهارده قرن قبل درمقایسه قوانین اسلام باقوانین مدنی غربی حقیقت مهم دیگری براهل دانش وتحقیق روشن وثابت میگردد که قوانین مقدس اسلام در هر اجتماع و باهرتحولی که بوجود آمد میتواند بابهترین وجهی رهبر اجتماع باشد .

اثبات این ادعا بمطالعه دقیق کتابی است که ترجمه آن بنظر خوانندگان عظام میرسد .

برای آنکه خوانندگان عزیز درمطالعه مباحث این کتاب باابهام‌واشکالی مواجه نشوند بنظررسید توضیحاتی درمبانی فقه اسلامی‌وقوانین مدنی که‌درممالك رسمی تا حال حاضرتصویب و بموقع اجرا گذارده‌شده است‌داده‌شودونیز توضیحاتی درمبانی ومصادر قوانین‌مدنی غربی که قبل‌ازمیلاد مسیح تاحال حاضردر کشورهای اروپائی‌حکومت میکرده ومینماید داده‌شود ولذا این مقدمه بدو بخش‌تقسیم‌میشود.

بخش‌اول درمبانی فقه اسلامی

بخش دوم درمبانی و مصادرقوانین مدنی غربی

# بخش اول

## در تعریف فقه ومبانی آن

فقه در لغت بمعنی فهم است و اصطلاحاً عبارت است از علم باحکام شرعیه از ادله تفصیلیه

ادله تفصیلیه که مدارو مبنای فقه اسلامی است چهارچیزاست اول کتاب دوم سنت سوم اجماع چهارم عقل که اجمالا تعریف هریك ازآنها ذیلا بیان میشود .

### کتاب

مراد ازکتاب قرآن مجید است که اولین پایه اساسی فقه اسلامی ورکن اول و مصدراساسی تشریع دراسلام میباشد .

قرآن کریم باراده خداوندمتعال برمحمد(ص)وحی شده است این کتاب عزیز درمدت بیست و سه سال بتدریج برپیغمبراسلام نازل شد قسمتی ازآن که بالغ بردو ثلث میشود درمکه نازل گردید این قسمت مشتمل برتوحید و عبادات است یك ثلث دیگرآن که باصطلاح فقها آیات احکام است درمدینه نازل شد این قسمت ازقرآن مشتمل براحکام معاملات ومواریث نکاح و طلاق وقوانین جزائی وقضاوشهادات میباشد.

قرآن مجید قانون اساسی مسلمین است و شامل جمیع دستورات دینی وقوانین مدنی و جزائی و تجاری و نظامی میباشد .

قرآن کریم بزبان عرب و اسلوب عرب نازل شد لغت آنهم عربی است مگر چند لغت که ازدیگران اخذ و تحت قواعد عربی درآمده چون قرآن نخست عربرا

باسلام دعوت گرد طبیعی است که میبایست بزبان همان قوم دعوت شود.

**وما ارسلنامن رسول الابلسان قومه**

(معدودی ازصحابه‌رسول عالم بقرآن بودند.)

بااینکه قران بزبان عرب ولغت عربی نازل‌شده همه اصحاب پیغمبرواعراب تمام معانی و تفسیر آیات قرآن را نمی فهمیدند زیرا برای فهم معانی قرآن دانستن لغت عرب تنهاکافی نیست بلکه مقدمات علمی دیگری هم برای فهم معانی قرآن مجید لازم است که آن مقدمات علمی باید ازراسخون درعلم کسب گردد.

اعراب درصدراسلام وحتی غالب ازاصحاب ازفهم معانی الفاظ قرآن عاجز بودند مورخ مشهوراحمد امین در کتاب فجر الاسلام بطریق عامه ازانس بن مالك روایت کرده که شخصی ازعمربن خطاب پرسید معنی فاکهة واباً چیست عمر جواب داد مارا ازکنجکاوی وتفکردرمعانی قرآن منع کردند ونیزدرهمان کتاب روایت شده که عمر برمنبرنشسته بودآیه **اویاخذهم علی تخوف** را قرائت کرد آنگاه معنی تخوف را ازحضارسئوال کرد شخصی ازطایفه حزیل گفت نزد ماتخوف بمعنی کاستن است بطوریکه ملاحظه شد عمر که ازاصحاب‌رسول خدا بود ومرتبتی هم در علم داشت ازفهم بعضی لغات قرآن‌عاجزوقاصربود دراین صورت حال دیگران‌معلوم است لذا خداوند متعال خطاب برپیغمبردرقرآن مجید میفرماید:

**هوالذی انزل علیك الکتاب منه‌آیات محکمات هن ام الکتاب وآخر متشابهات فاما الذین فی قلوبهم زیغ فیتبعون ماتشابه منه ابتغاء الفتنة و ابتغاء تاویله وما یعلم تاویله الاالله‌والراسخون فی العلم الایة**

ترجمه یعنی اوست خدائی که قرآن را برتووحی کرد بعضی آیات آن‌محکم است که‌آنها اصل کتابند وبرخی دیگرمتشابه میباشند کسانیکه خللی دردل دارند متشابهات‌رابقصدفتنه‌وتاویل‌پیروی‌میکنندوحال‌آنکه تأویل‌آیات قرآن را جزخدا و کسانیکه راسخ درعلم میباشند نمیدانند ومیگویند که ماایمان بقران داریم و تمام

آیات ازطرف پروردگارما آمده ولی پند نمیگیرند مگر صاحبان خرد .

احمد امین در کتاب فجرالاسلام میگوید عده قلیلی ازاصحاب پیغمبر ازتفسیر قرآن آگاه بودند که بزرگترین آنها علی بن ابیطالب علیه السلام بود پس از آن عبدالله بن عباس وعبدالله بن مسعود وابی بن کعب بعلم تفسیرقرآن شهرت یافتند زید بن ثابت وابوموسی اشعری وعبدالله بن زبیردرطبقه دوم علمای تفسیر محسوب میشدند . این اشخاص علاوه براطلاعی که ازادب ولغت عرب داشتند · تقرب آنان بمقام مقدس نبوت دراطلاع ازشأن نزول احکام وتفسیر آنها تأثیر بسزائی داشت چون احکام اسلام دنباله حوادث واقعه تدریجاً نازل میشد.

غالباً اصحاب ازحادثه‌ای که سبب نزول حکم گردیده بود مطلع وشاهدبودند ابن عباس چندان افتخارملازمت پیغمبررانداشت لکن علم تفسیررا درمحضرمقدس علی علیه السلام وسایرصحابه کسب نموده بود .

بنابراین مقدمه قرآن کریم که پایه اساسی دین مبین اسلام میباشد احتیاج بمبین ومفسردارد ولذا درردیف یارتبه متأخره ازقرآن کریم سنت نبی (ص) قرار گرفته که بیان وتوضیح این قانون مقدس اسلام را متکفل میباشدبنابراین‌تعلیمات پیغمبر بزرگ اسلام بدونوع میباشد نخست‌کلمات الهی است که بآن بزرگواروحی میشد وازطرف حضرت رب العزّه مأمور بود که متن‌آنرا بدون کم وزیاد بمردم جهان ابلاغ فرماید تامردم بآن عمل نمایند وآنچه ازکلمات الهی که فهم مردم‌بآن نرسد بگفتارو کرداریا هردوبرای ایشان تفسیرنماید .

نوع دوم علومی است که خداوند متعال بررسول گرامی خود الهام فرمود تااولا خود بهرمند گشته وآنچه را که ازعلم دراموردینی ودنیای مردم لازم باشد بمردم بیاموزد ولذا پیغمبر اکرم (ص) ازروزبعثت تارحلت که بیست وسه سال طول کشید همواره ودرهرحال بوسیله گفتارو کرداروامضاء اعمال بتعلیم بشر اشتغال داشت پیغمبرپیشوا ومقتدای بشربود مردم میبایست او را بنگرند وآنچه میکند انجام

دهند و آنچه میگفت امر الهی بود و باید قبول کرده بآن عمل نمود چنانچه خد ادر قرآن کریم میفرماید:

**هوالذی بعث فی الامین رسولا منهم یتلو علیهم آیاته ویزکیهم ویعلمهم الکتاب والحکمة وان کانو من قبل لفی ضلال مبین**

اوست آن خدائی که ازمیان بی سوادان چنان پیغمبری برانگیخت که آیات الهی را برآن مردم بخواند وآنهارا پاك سازد وتعلیم دهد بآنها کتاب وحکمت راا گر چه قبلا در گمراهی وضلالت آشکاربودند.

بنا براین مأموریت پیغمبر(ص) رسالت متن کلام خدا وتعلیم احکامی است که خدا برقلب مبارك رسول اکرم خود الهام فرمود تابشررا ازضلالت و گمراهی رهانده بشاه راه سعادت هدایت فرماید.

درجای دیگر خدابمردم امر میفرماید آنچه پیغمبر مابرای شما میآورد بگیرید وازآنچه شمارا نهی میکند بپرهیزید.

**ما اتاکم الرسول فخذوه وما نهاکم عنه فانتهو**

بااین مقدمات معلوم شد سنت درردیف یا رتبه متأخره ازقرآن کریم مصدر اساسی دیگری ازمصادرتشریع دراسلام میباشد دراینصورت میپردازیم بتعریف سنت باصطلاح فریقین.

## سنت

سنت درلغت بمعنی رویه است ودراصطلاح فقها اطلاق میشود بهمان تعالیم قولی وفعلی وتقریری پیغمبرا کرم فقها سنت راچنین تعریف کردند که آن عبارتست از گفتاریا کردارپیغمبر.

فقهای اسلامی درسنت نبوی که برحلت آن بزرگوار وانسداد باب وحی خاتمه میابد اتفاق دارند پس ازآن مسیر فقهای شیعه امامیه بافقهای اهل سنت وجماعت جدا میشود شیعه امامیه قول وفعل ائمه اثنی عشر سلام الله علیهم راحجت وازمصادرتشریع اسلامی

میدانند لکن فقهای عامه بسنت نبوی سنت صحابه را اضافه و ازمصادر تشریع دانسته اند.

درهرصورت سنت برسه قسم است چنانچه ازتعریف آن استفاده میشود اول قولی میباشد که مراد از آن فرمایشات وتعلیماتی است که ازلسان مبارك پیغمبر (ص) اخذ شده است ازاین سنت پیغمبر بحدیث تعبیر میشود.

دوم سنت فعلی است که عبارت است از آنچه ازافعال پیغمبر وعادات صحابه در عقود ومعاملات اخذ نمودند مثل اینکه درقر آن کریم امر باعطاء زکوة واقامه صلوة شده است لکن کیفیت آن بیان نشده و کیفیت انجام عبادات مأخوذ ازعمل پیغمبر است است چنانچه فرمود **صلوا کمارا یتمونی اصلی**

سوم سنت تقریری است که عبارت میباشد ازسکوت یا امضاء پیغمبر (ص) در اموری که بین مردم قبل ازاسلام جاری بوده است مانند بیع سلف وسلم که درمدینه بین اعراب جاری وساری بوده ومعاملات خرما بسلف انجام میشد وپیغمبر آنرا امضاء فرمود بموجب حدیث نبوی مشهور که من اسلف فلیسلف بکیل معلوم ووقت معلوم.

بطوریکه اشاره شد سنت دردیانت اسلام دارای اهمیت زیادی است کـه مرتبه آن درحدود قرآن میباشد زیرا بسیاری از آیات قرآن مجمل یامطلق یا عـام است احادیث پیغمبر وامامان آن مجملات ومطلقات وعمومات راشرح وتفصیل داده مثلا درقرآن حرمت خمر بیان شده لکن خمر چیست یاچه مـقدار آن حرام است سنت آنها راتوضیح داده است همچنین حوادث یا مسائل دیگری که پیش میآمد پیغمبر درتمام آنها حکم میداد درمورد معاملات وسایر شئون اجتماعی دیگر که در خصوص بعضی ازآنها آیات قرآنی نازل میشد ونسبت به بعضی از آنها صریحـاً دستوری در قرآن نبود تکلیف تمام این موضوعات راسنت نبوی تعیین نموده

لذااحادیثی که مشعر به بیان حکم این موضوعات بود میبایست جمع وتدوین شود تااینکه مسلمین درحوادث واقعه وشئون اجتماعی وفردی خود تکلیف خودرا بدانند همانطوریکه برای قرآن نویسندگان مخصوصی بودند دستورات وتعلیمات رسول

خدارا هم وصی بلافصل وشاگرد مکتب وحی الهی علی علیه السلام جمع آوری نمود گرچه بعضی از صحابه مانند عمر بن خطاب جمع وتدوین حدیث را نهی میکردند سیوطی در کتاب تدریب الراوی گفته مابین صحابه در جمع آوری حدیث وتدوین آن اختلاف عقیده بود بعضی از آنان آنرا نهی میکردند بعضی دیگر جمع وتدوین حدیث را لازم میدانستند که از آن جمله علی علیه السلام بود که بنا بروایات صحیح باملاء رسول خدا بخط مبارك خود کتابی در بیان احکام تدوین نمود که پس از رسول خدا بترتیب آنکتاب در اختیار امامان علیه السلام بوده وهست محمد بن غدافر صیرفی میگوید باحکم بن عتبه در خدمت امام ابی جعفر الباقر علیه السلام بودیم حکم از امام مسائلی سئوال میکرد وجواب میشنید تادر مسئله ای اختلاف کردند امام علیه السلام بفرزندش فرمود برخیز کتاب علی علیه السلام رابیاور گوید کتابی آورد بسیار بزرك ومدرج امام کتاب را گشود واز آن حکم مسئله را بیرون آورد وپس از آن فرمود این کتاب بخط علی علیه السلام واملاء رسول خدا میباشد این کتاب اولین کتابی است که در تدوین حدیث بخط علی علیه السلام واملاء رسول خدا نوشته شده وردرردیف قران رکن دوم واساس دین مبین اسلام میباشد .

دیگران درصدراسلام نسبت بتدوین وجمع آوری احادیث نهی کردند و در این قسمت پافشاری هم داشتند برای این مقصد خودهم علتی تراشیده بودند چنانچه سیوطی در کتاب تدریب الراوی بیان آن عذررا نموده چنین گفته آثار واخبار واحادیث وسنن درعصر صحابه وتابعین مدون ومرتب نبودزیرا در آن اوان ذهنها روان وحافظه ها قوی بود بعلاوه حفاظ حدیث از کتابت حدیث ممنوع بودند ازنظر آنکه مبادا احادیث باقرآن مخلوط ومشتبه شوند احادیثی هم در کتب عامه دیده میشود که پیغمبر ازتدوین حدیث صحابه رانهی فرموده لکن حقیقت مطلب غیرازاینها میباشد بخاری از ابن عباس روایت میکند چون مرض پیغمبر شدید شد فرمود دفتری بیاورید تابرای شما دستوری بنویسم که بعد ازمن گمراه نشوید عمر گفت مرض برپیغمبر غالب شده که این سخن را میگوید ، کتاب خدارا داریم وآن برای ماکافی است .

مبنای نهی عمر از جمع وتدوین حدیث از همین جا سرچشمه میگیرد عمر آنقدر دراین قسمت پا فشاری میکرد که قرطبی در کتاب جامع بیان‌العلم روایت میکند که قرطبة بن کعب میگوید سوی عراق روانه بودیم عمر پیاده مارا بدرقه کرد چون بمحل حرا رسیدیم عمر برخواست وضو گرفت همینکه دودست راشست گفت آیا میدانید برای چه شمارا بدرقه کردم گفتیم آری چون مایار پیغمبر بودیم گفت نه‌تنها برای این جهت نیست بلکه شما وارد سامانی میشوید که مردم مانند زنبورعسل سر گرم قرآن هستند باذکر حدیث ازقرآن بازشان ندارید قرآن راحفظ وحدیث را کمتر بیان کنید بروید که من باشما همراه وشریك خواهم بود چون قرطبه وارد عراق شد مسلمین ازاودرخواست کردند که درباره پیغمبر وسنن اوصحبت کند جواب داد عمرما را ازنقل حدیث وسنن پیغمبر نهی کرده .

وهمچنین طبری نقل میکند که عمر همیشه میگفت قرآن راتجرید کنید و آنرا تفسیر نکنید وحدیث پیغمبر خود را کم نقل کنید که من شریك شما هستم هنگامی که ابوموسی اشعری را مأمور بصره ونواحی شرق نمود باو توصیه کرد و گفت که تو بدیار قومی میروی که درمساجد بتلاوت قرآن مشغولند تو آنها را با آنچه سر گرم میباشند واگذار وباحادیث مشغول مکن که من پشتیبان وشریك توهستم .

*ابن عساکر در کنزالاعمال نقل کرده که عمر، بابوهریره دوسی گفت نقل حدیث ازرسول خدارا واگذار.

درتاریخ ابن کثیر است که ابوهریره گفته ماتوانائی آن را نداشتیم که بگوئیم قال رسول‌الله (ص) تاعمر جان سپرد .

طبری ازابراهیم بن عبدالرحمن روایت کرده که عمر سه نفررا بجرم اینکه نقل حدیث ازرسول خدا کرده بودند حبس نمود آن سه نفرابن مسعود وابودردا و ابومنصورانصاری بودند .

پافشاری عمر که‌ازخلفاء راشدین بود درمنع ونهی نقل حدیث بمرتبه‌ای رسید

که‌ابن‌ماجه ازشعبی نقل کرده که من دو سال ونیم با عمر نشستم نشنیدم حدیثی از رسولخدا بگوید جزیك حدیث .

زهری از عروةبن زبیر نقل میکند عمربن خطاب میخواست حدیث وسنت پیغمبر راجمع و تدوین نماید با اصحاب پیغمبر هم در این باره مشورت کرد تمام اصحاب متفقارای بلزوم تدوین وجمع آوری سنت‌نبوی‌دادند مدتی که بالغ بریکماه شددراین موضوع فکر کردوبعد از آن دوباره اصحاب‌را جمع کردو گفت میخواستم حدیث پیغمبر را جمع کنم‌لکن چون یهود و نصاری قبل ازمن چنین کاری کردند پیروان آنها کتاب خدارا ترك و سنت رابر گزیدند من‌نمیخواهم قرآن را با کتاب دیگری توأم کنم.

درهرحال مخالفت ونهی عمرازنقل حدیث وجمع آوردی درقرن‌اول‌اسلام کم وبیش اثرخودرا درمیان مسلمین گذارد .

صاحب الغدیر این روش خلیفه‌راانتقاد میکند میگویدمگر برخلیفه‌مسلمین پوشیده‌بود که‌ظاهر کتاب بدون‌سنت مردم‌را بی‌نیازنمیکند کتاب‌وسنت‌بهم‌پیوستگی دارندوازهم جدانمیشوند تادرحوض برپیغمبر واردشوند حاجت‌امت بسنت‌نبی(ص) کمترازاحتیاج آنها بظاهر کتاب‌نیست‌شایدنظرعمرازنهی‌نقل‌حدیث‌بآن‌بود که‌مردمی احادیث ساختگی برپیغمبر می‌بندند این نظریه عمرتااندازه‌ای صحیح بود وشاید میخواسته سخن سازی و جعل حدیث را از بیخ ریشه کن نماید در این صورت گناه ابوذر وابودرداء صحابی کبیر و صاحب رسولخدا چه بوده که آنها بجرم نقل حدیث درزندان عمر بودند تا خلیفه جان سپرد این سخت گیری ها میبایست بابوهریره و ابوموسی‌اشعری که‌ازوضاعین وسخن‌سازهابودند بشود صاحب‌الغدیر در پایان مطلب میفرماید این روش وامثال این جملگی مولود اوضاع سیاسی زمانه بود که موجب سدباب علم گردید شاید خلیفه این‌نظررا نداشت ولی قابل انکارنیست همینکه‌امت اسلام از معالم سنت شریفه نهی شوند و ازنشر آن دربلاد جلوگیری شود پس

بکدام طریق راه تقدم وسعادت را پیش گیرند

این روش عمر کار را بجائی رسانید که ابن مالك در کتاب الموطا میگوید که عمر بن عبدالعزیز بابی بکر بن محمد بن عروة بن حزم نوشته بود که حدیث وسنت پیغمبر را جمع و تدوین کن زیرا من ازاین میترسم که علم و علماء نابود شوند ابونعیم در تاریخ اصفهان مینویسد عمر بن عبدالعزیز باطراف مملکت اسلامی نوشته بود که احادیث پیغمبر را جمع و تدوین نمایند.

در هر حال مسلمین درصدر اسلام حدیث را درمغز سپرده و بازبان روایت میکردند ودرعصر اول حدیث تدوین و جمع آوری نشد اگر کسی ازمسلمین چیزی ازاحادیث تدوین میکرد فقط برای شخص خودش بود.

ولی درقرن دوم اسلام گروهی ازعلما بجمع و تدوین حدیث اقدام کردند ابن حجر درشرح بخاری میگوید نخستین کسیکه حدیث را جمع نمود ربیع بن صبیح بود که درسال ۱۶۰ هجری وفات یافت وپس از آن سعید بن ابی عروة بود که درسال ۱۵۶ وفات کرد بعد از آن بزرگان قوم وعلماء طبقه سوم شروع بجمع و تدوین حدیث کردند امام مالك کتاب مؤطا را درمدینه تألیف نمود عبدالملك جریح درمکه واوزاعی درشام وسفیان الثوری در کوفه وحماد بن سلحة بن دینار دربصره بجمع و تدوین حدیث مشهور بودند وبعد ازآنها هم جماعتی ازعلما از آنان متابعت کرده آنچه ازاحادیث بنظر خود صواب میدیدند جمع و تألیف نمودند آنچه مسلم است حدیث در تشریع وتوسعه اسلام تأثیر مهمی داشته زیرا توجه کاملی بتحصیل و تدریس و تعلیم آن داشتند در شهرهای دور و نزدیك تعلیم حدیث شیوع یافته و اصحاب وتابعین بواسطه نشر آن شهرت علمی کسب نمودند علم آنها هم در آن زمان دائر بر حدیث وتفسیر بود توجه و کوشش مردم بتحصیل حدیث باعث مسافرت وسیاحت علماء باطراف وشهرهای دور گردید ودراین مسافرتها علم حدیث وتفسیر مانند کالای تجارتی در معرض تبادل قرار گرفت علمای هرشهر مایه علمی دانشمندان شهر

دیگررابدست میآوردند وچنانچه بشرح‌حال راویان حدیث مراجعه‌شوددرسیروسفر وسیاحت آنها درضمن زندگانی نکات بسیاری دیده‌میشود .

بواسطه حدیث انواع و اقسام علوم درعالم اسلام انتشاریافت دربدوامر تاریخ بصورت حدیث در آمده‌بودتابتدریج‌فن مخصوصی شدچنانچه درفتوح‌البلدان‌بلاذری وسیره‌ابن هشام ملاحظه میشود .

## اماسنت از نظر فقهای امامیه

بطوریکه قبلا اشاره شد دردوران تشریع اسلام که با بعثت پیغمبر خاتم (ص) شروع وبارحلت آنحضرت پایان مییابد جمیع مسلمین متفق‌الرای میباشند دراین دوران باب وحی مفتوح بودومرجع تمام مسلمین وجود مبارك خاتم النبیین (ص) بود اماپس ازرحلت پیغمبر که دوران‌استنباط احکام‌ازادله شرعیه شروع‌شد اسلام و مسلمین وضع‌جدیدی بخود گرفتند آموزش‌چندین‌ساله اسلام که دربسیاری‌ازافراد بطور کامل رسوخ نیافته بودحس‌خود خواهی ونفاق که عادت ریشه‌دار جاهلیت بود دربعضی از سران مهاجر وانصار خود نمائی کرد وپای هوس وغرض بمیان آمد این جماعت‌وصیت پیغمبر(ص) را درغدیرخم ندیده‌انگاشته و درسقیفه‌بنی ساعده گردهم جمع‌شدند وزمامداری اسلام رادرشورعمومی گذاردند وباشتاب‌عجیبی باابابکر بیعت کردند جمعی از مهاجرین که خلافت علی بن ابیطالب را مخالف با مقاصد خـود میدانستند با نفوذی که درمدینه داشتند ازمردم مدینه برای ابوبکر بیعت گرفتند سعد بن‌عباده را که‌رقیب ابوبکر ورئیس انصار بود باخواری ازمیدان سیاست خارج نمودند خاندان پیغمبر (ص) راکه ماتم‌زده وعزاداربودند مورد هجوم قراردادندتنها عده‌قلیلی‌ازخواص‌صحابه‌پیغمبر (ص) مانند**مقدادوسلمان‌وابوذروعمار یاسر** بوصی منصوص‌وخلیفهٔ برحق مسلمین **علی بن‌ابیطالب** (ع) دست‌بیعت داده وپیوستند این جماعت که دراقلیت قرار گرفته بودند معتقد بودند که پس از انسداد باب وحی‌باب علم‌مفتوح میباشدوعلوم حقه‌اسلامیه نزدامام برحق علی‌علیه‌السلام میباشد که‌مفسر

ومبین قرآن کریم وعالم بسنن نبی واحکام اسلام است لذا احکام حقه الهیّه را در حوادث واقعه از آنحضرت اخذ ومورد عمل قرار میدادند شیعه امامیه پس از علی علیه‌السلام یازده‌فرزندان گرامش راامام برحق وولی امروعالم بجمیع احکام‌اسلامیه دانسته‌قول وفعل آنهاراحجت میدانند دراینصورت‌درطول‌زمان‌ائمه‌هدی سلام‌الله‌علیهم که درسال ۲۶۰ هجری مدت آن پایان یافت و همچنین درزمان غیبت صغری فقهای شیعه امامیه واصحاب ائمه مسائل دین واحکام شرع راازامامان علیهم السلام تعلیم میگرفتند هریك از اصحاب ائمه کتابهائی دراحکام دین جمع آوری وتدوین نمودند که بالغ برچهارصد رساله گردید این کتب بین فقهای شیعه معروف باصول اربعمائه میباشد دراین دوره امتیاز فقه‌شیعه ازسایر فرق اسلامی این بود که احکام دین‌اعم‌ازعبادات‌ومعاملات بنصوص‌صادره‌از ائمه‌معصومین(ع) بیان‌میگردیدو تخلف‌از نصوص نمیشد این رویه تازمان شیخ کلینی علیه‌الرحمه جریان داشت در دوره شیخ کلینی فقهای شیعه درمقام جمع آوری و تنظیم اصول اربعمائه برآمدند بدودلیل یکی آنکه بیم اختلاف و تحریف در کتب مزبور میرفت دیگر آنکه رسائل‌مزبوره مبّوب ومنظم تألیف نشده بودزیرا هریك از صحابه وفقها در طول مصاحبت با امام زمان‌خود آنچه‌ازامام (ع) اخذ کرده بود بدون رعایت باب و ترتیب یادداشت کرده بودنددراین دوره کلیه روایات مورد اعتمادباسلسله سنددرهربابی جمع آوری گردید چنانچه‌در کتاب کافی تألیف‌محمدبن یعقوب کلینی ملاحظه‌میشود .

دوره کلینی رامیتوان بدوره مجامیع درادوار فقه شیعه نام گذاری کرد رویه کلینی تااواخر غیبت صغری و آغاز غیبت کبری که توقیع مبارك امام زمان (ع) صدوریافت‌جاری بود تااینکه‌دوران شیخ‌صدوق وپدربزرگوارش ابن‌بابویه پدید آمد روش دیگری بوجود آمد که میتوان نام آنرا دوران تلخیص نهاد در این دوره مجموعه‌های بزرك احادیث را که‌شامل روایات باسلسله اسنادآنهابود.

باحذف سلسله سند ونقل متن روایات ازامام یاراوی متصل بامام(ع)تلخیص

نمودندچنانچه‌خود شیخ صدوق این روش‌رادر کتاب‌من‌لایحضره‌الفقیه‌بکاربرده‌بعضی دیگر از فقها من‌جمله ابن بابویه در کتاب‌الشرایع روایات را بدون ذکرامام‌وراوی بهم پیوسته و کتاب جامعی تدوین‌نمودند.

در تمام این‌ادوار سیره تمام فقهابراین‌بود که حکم خدا را بلفظ‌صادره‌ازامام معصوم (ع) بیان میکردندوتجاوزازمتن‌روایت نمیشد اصرار فقها بحفظ این روش و سیره باستنادظاهر توقیع شریف‌بود که‌بخط مبارك امام‌زمان بافتخاراسحق‌بن یعقوب توسط محمدبن‌نعمان‌صادرشده‌میباشد زیرا درتوقیع مبارك‌امام میفرماید اماالحوادث الواقعه فارجعوا الی روات احادیثنا ظاهر توقیع اینست که مرجع روات احادیث میباشند.

## مکاتیب شیعه

پس از رحلت پیغمبراکرم(ص) تااواخر قرن چهارم هجری در بلاد اسلامی مانند حجاز و کوفه وشام ویمن وقم مکاتیب چندی از شیعه تشکیل یافت که فقه شیعه ازآن مکاتیب انتشار یافت.

اولین مکتب شیعه درحجاز که مرکز عالم‌اسلامیت بود تشکیل یافت ریاست این مکتب عالی ومقدس باحضرت امیرمؤمنان علی‌بن ابیطالب علیه السلام بود در این مکتب بزرگ رجال عالیقدری‌چون سلمان ابوذر مقداد عمار معروف میباشند پرورش یافته‌گان این مکتب بزرگانی چون مالك اشتر وسلیم‌بن قیس و میثم بشمار هستند.

دومین مکتب تشیع که بسیار وسیع وفعال بود در کوفه تشکیل یافت دونفر ازصحابه رسول‌خدا را که از فقها وشیعیان عالیقدر بودند عمرو ماموراصلاح امور کوفه کرد آندوبزرگوارعبداله‌بن‌مسعودوعماریاسربودند این‌بزرگواران باهمدستی حذیفةبن یمان وبعضی دیگر ازبزرگان‌کوفه شالوده این مکتب وسیع را ریختند

مجاورت بین‌النهرین باایران باستان وهوش فطری وحس تشخیص ایرانیان هم که نفوذ بسزائی درآنجا داشتند کمك شایانی بمنویات مقدس ابن مردان بزرگ عالم اسلامیت نمود لذا مذهب شیعه در کوفه ترقی شایانی کرد وآنقدر وسیع وبا اهمیت شد که پس ازدوران خلافت عثمان علی‌علیه‌السلام شخصاً بکوفه تشریف‌آورد ومقر خلافت را درآنجا قرارداد وریاست این‌مکتب‌عالی را بعهده گرفت .

سومین مکتب در شام تشکیل یافت این مکتب مـرهون فعالیت و تبلیغات ابوذر میباشد کوشش فراوان بنی‌امیه برای محو این مکتب مقدس درشام بی‌نتیجه ماند ومکتب تشیع در جبل عامل وحلب نفوذ بسزائی‌یافت که تاکنونهم آنفعالیت ادامه دارد .

چهارمین مکتب تشیع دریمن تشکیل یافت اهل یمن مـدتها قبل ازاسلام با کشورهای بزرگ آنزمان مانند ایران وروم روابط سیاسی و تجاری داشتند و لذا دارای‌تمدنی‌ازخودبودندتااینکه‌دراثریك‌سلسله‌تحولات سیاسی یمن‌درپناه‌ایران‌قرار گرفت ونمایندگانی از طرف پادشاهان ساسانی بآن کشوراعزام شدند سفرای‌ایران درآن کشور بنشر دانش وبسط تمدن‌پرداختندچون مردم یمن باهوش ودارای‌تمدن ومعارفی شده بودند همینکه‌دعوت اسلام بآنسرزمین رسید بافکر روشن خودخاندان علی وآل عصمت وطهارت را شناخته وپی بحقانیت وعظمت آنها برده‌بآنها گرویدند بنحویکه پس از فتوحات اسلام قبایل یمن بهر قسمتی از جهان که پراکنده شدند خود شعبه‌ازمکتب‌تشیع درآن‌دیار تشکیل‌دادند که در بعضی از بلاد آنشعبات‌دارای اهمیت فراوان گردید از آن‌جمله مکتب شیعه در قم بود که در حدود سال هشتاد هجری بوسیله جمعی از اشعرین یمن تأسیس گردید و بزودی باوج ترقی و تعالی رسید وخدمتهای علمی وسیاسی قابل توجهی بعالم‌اسلامیت وتشیع نمود مکتب‌های دیگری در اطراف کشورباستانی ایران تشکیل یافت ماننده‌مکاتیب خراسان‌نیشابور طبرستان که‌هریك دارای اهمیت تاریخی میباشند روش مکتبهای شیعه در تمام این

مکاتیب در اخذ احکام الهی از تمسك بکتاب وسنت از طریق خاندان عصمت و بیان احکام بنص وارده ازطرف امام معصوم یکنواخت بود تا اواخر قرن چهارم هجری که این روش بتدریج عوض شد وتحولی در فقه شیعه بوجود آمد تحول مزبور پس از فوت شیخ صدوق آغازشد که باوضع فرهنك ومدارس عمومی عالم اسلام در آنروز ارتباط تام دارد در آن ایام خلافت بنی‌عباس باوج ترقی رسیده بود وعلمای متخصص در هررشته از از ملل یهود ونصاری وفارس وهند در دربار خلفای بنی‌عباس بخدمات کشوری وارد شده بودند کتب بسیاری هم درفنون علوم وفلسفه از زبانهای فارسی وهندی ویونانی ترجمه کرده بودند انتشار این کتب در ملل اسلامی یك نوع تحزب علمی درمقابل دانش دینی بوجود آوردودانشمندانی در جامعه اسلامی مقابل دانشمندان دینی عرض وجود میکردندلکن تا اواخر قرن چهارم این نهضت فرهنگی نوین جزو تشکیلات دربار خلافت بود وازحدود دربار تجاوز نمیکرد ودرجامعه اسلامی استقلالی نداشت تا وقتیکه مدرسه نظامیه در مرکز خلافت بغداد تاسیس شد ومدرسه دیگری هم در شرق بلاد اسلامی نیشابور تأسیس گردید نهضت نوین فرهنگی درسراسر کشورهای اسلامی از این دومرکز علمی کـه مورد تأیید وتوجه مخصوص خلفای وقت بـود منتشر گردید زیرا بفارغ التحصیل های این دو مدرسه رسمیت داده میشد و آنها بمقامات عالیه رسمی از قبیل وزارت وحکومت و دبیری پذیرفته میشدند .

برنامه این دومدرسه عظیم ورسمی براصول وروش اهل سنت متکی بود چون مرکز خلافت هم نزد سلاطین نیرومند آنزمان مورد احترام بود وعموما بـا آنجا سروکار داشتند قهرا از اصطلاعات علمی واداری آنها پیروی میکردند از طـرفی شیعیان هم درغالب مراکز از نظر وضع عمومی تحت نفوذ علمی واداری آنها قرار گرفتند باتوجه باینکه فقهای شیعه درپیروان خود دارای وجهه علمی وفتوائی بودند ولی تشکیلات اساسی که بتواند دربرابر نفوذ اداری اهل سنت مقاومت کند نداشتند از این‌رو علمای امامیه بمنظور برابری با آنها لازم دانستند باصطلاحات علمی آنها

آشنا ومجهز بسلاح روز گردند وتألیفات وتصنیفاتی برمسلك وروش آنها درمذهب خود بنمایند تادر هنگام‌بحث ومجادله درمقابل آنها‌بتوانند معلومات‌خود رانمایش دهنداین فرصت برای فقهای امامیه در اواخر قرن چهارم هجری که بغداد باوج عظمت علمی رسید ودانشمندانی از هرقوم ومذهب درآنجا گرد آمدند وبحث های مذهبی در میان آنها جریان‌یافت بدست‌آمد دراینموقع علمای‌شیعه مانند محمدبن نعمان معروف بشیخ مفید با تائید جمعی از رجال دربار خلافت دسته نیرومندی تشکیل دادند .

شیخ مفید در بغداد نشوونما کرده و نـزد بسیاری از علمای معتزله تحصیل نموده دراثروفور علم وقوت منطق‌وتنوع‌معلومات درسراسر عالم تشیع مسلم‌شناخته شد وبسلاح مخالف‌هم کاملا مجهز بود با تألیف کتاب تصحیح‌العقاید روش نوینی را پایه گذاری کرد و کتاب اوائل‌المقالات را درعلم کلام باروش و بحث واستدلال‌عامه نوشت وباتألیف کتاب المقنع درفقه شیعه روش جدیدی‌بوجود آورد مدرسهٔ دربغداد مرکز خلافت در مقابل مدرسه نظامیه‌تاسیس فرمود که درآن‌مدرسه فقهای‌بسیاری مانند سیدین‌رضی ومرتضی‌تربیت‌یافتند مکتب شیخ‌مفید روی اساس مذهب‌شیعه‌است ولی برنامه تعلیمات‌آن بروش اهل سنت میباشد با مراجعه بکتب سید رضی وسید مرتضی این روش تازه در فقه شیعه امامیه بخوبی آشکاراست .

تازمان شیخ‌مفید مستند فقه‌شیعه همان کتاب‌خداواخبار صادره ازپیغمبر(ص) وائمه علیهم‌السلام‌بود ولی‌چون‌درمکتب شیخ مفیدپیروی از روش عامه شد کتابهائی در اصول و فقه جدا از روایات و اخبار نوشته واجماع ودلیل عقلی بادله احکام‌فقه اضافه شد وباب استنباط احکام از ادله مزبورمفتوح گردید قلم فقهای شیعه‌امامیه رضوان‌اله علیهم در تعبیر احکام الهی تابع نظریه واجتهاد آنها از ادله گردید وآن روش سابق که حکم الهی بلفظ‌ونص‌حدیث بیان میشد تقریباًمتروك گردید و کتب احادیث وروایات باکتب فقه ازیك‌دیگر تفکیك گردید .

# توسعه و تحولات فقه عامه

بطوریکه اشاره شد پس از رحلت پیغمبر (ص) ابوبکر بمسند خلافت نشست و جمعی ازمسلمین از مهاجر وانصار که باهل سنت وجماعت معروف میباشند بخلافت ابی بکر رای دادند و پس از آن بعمر بن خطاب واز آن پس عثمان بن عفان و بعد از عثمان بعلی بن ابیطالب رای دادند.

درزمان خلافت ابوبکر علاوه از کتاب وسنت که مبنای احکام ومعاملات بود در مورد حوادث واقعه که در آن مورد نص صریحی نبود خلیفه بااصحاب پیغمبر در حکم مسئله مشورت میکرد و بانظر اصحاب حکم میداد وچون کار ابابکر زیاد شد عمر ورا بکمك طلبید وحکم مسائل را باو واگذار نمودچون خلافت بخود عمر ورسید و کشور گشائی مسلمین آغاز شد برای هرشهر یا کشوری قاضی معین ومنصوب نمود هریك از قضات درحوزه قضائی خود مبنای احکام آنها کتاب وسنت بود ودرحوادث واقعه با گروهی از اصحاب پیغمبر که در آن بلاد اقامت داشتند وبراوضاع واحوال اجتماعی واقتصادی محل واقف بودند مشورت میکردند و حکم میدادند واحکام صادره از آنها اعم ازاینکه باستناد کتاب وسنت یا نتیجه اجتهادات ومشاوره آنها بوده باشد مانند یك قانون ثابت متبع بود وبمنزله قانون در نظائر آن قابل اجرا بوده است اهل مدینه احکام وفتاوی عبداله بن عمرورا اساس قانون میدانستند اهل مکه عبداله بن عباس واهل کوفه عبداله بن مسعود و اهل مصر عبداله بن عاص را مرجع فتوی وحکم میدانستند احکامی هم که این سلسله از قضات برأی خود میدادند عبارت از اجتهاداتی بود که مبتنی بکتاب وسنت واجماع صحابه بود.

بنابراین پس از انسداد باب وحی ورحلت پیغمبر بمذهب اهل سنت اجماع

صحابه بادله احکام اضافه ومصدر دیگری از مصادرتشریع گردید وبدین وسیله باب اجتهاددر شریعت اسلام مفتوح‌شد .

پس از رحلت پیغمبر ممالك اسلامی بیك نحو بی‌سابقه وغریبی توسعه یافت درسال ۱٤ هجری دمشق فتح‌شد درسال ۱۷شام وعراق گشوده‌شد در سال ۲۱ کشور ایران بتصرف مسلمین درآمد درسال ٥٦ مسلمین بسمرقند رسیدنددرقسمت مغرب نیز مصر درسال ۲۰ فتح‌شد درسال ۹۳ اسپانیا گشوده شد این کشورها که بتصرف مسلمین درآمد غالباً متمدن وثروتمند بودنـد کشور گشائی مسلمین هـم مقرون بویرانی وغارت نبود بلکه یك فتح منظم بشمار میرفت و در هریك از قسمت‌های قشون اسلام فقها وعلمای مذهبی برای‌تعلیمات دینی‌بودند هر کشوری که فتح‌میشد مقررات اسلام را باهل آن کشور عرضه میکردند و قوانین اسلام در آنجا مستقر میگردید از طرفی تمدن ایران باستان درعراق وتمدن رومی درمصر وشام درنهایت عظمت حکم فرمائی‌میکرد بنابراین مسلمین فاتح در این کشورها باشئون مختلف زندگی که سابقه درجزیرةالعرب نداشت برابر میشدندکه نظامات ومقررات آنها شباهتی باقوانین اسلام نداشت مانند مقررات اخذ مالیات وقوانین مـربوط بامور ازدواج وتوارث‌ومعاملات درتمام این مواردقوانین‌اسلام‌اجری میشد امانسبت‌باموروواقعات و حوادثی که سابقه در اسلام نداشت وحکمی در کتاب وسنت در باره آنها پیش‌بینی نشده بود مانند نوع جنایات عجیب‌وغریبی که‌در کشورهای متمدن‌بوقوع میپیوست تمام‌این‌اموراحتیاج‌بقانون‌جدیدداشت‌یعنی‌قانونی که‌منطبق‌باقواعداسلامی بوده‌باشد درقبال این موارد فقهای اسلامی دچارمشکل‌شده بودند که آیا حکم اسلام درباره آنها چیست و کدام‌یك از اقسام تمدن میتواند با قوانین اسلام موافق باشد باوجودتمام مشکلاتی‌در کار بود فقهای‌اسلامی جدوجهد ونشاط خودراازدست‌ندادند قواعد کلی واصول شریعت اسلام را باآنها تطبیق مینمودند تا دوران خلفای راشدین سپری شدونوبت به‌بنی‌امیه رسید خلفای اموی بقوانین شرع اسلام توجهی نداشتند

تنها کسیکه ازاین طایفه تااندازه اعمالش محدود بشرع بود عمربن عبدالعزیز بود با این‌وصف قوانین اسلامی خودبخود جای خود را بازمیکرد ودر مدارس تدریس و منتشر میشدبدون اینکه از طرف خلفای وقت‌عنایتی بشود وآنرا تائید نمایندحتی در پایان دولت اموی دونفر فقیه نامی که مؤسس دو مکتب و دو مذهب بزرگ در اسلام گردیدندبوجود آمدند یکی‌مالك‌بن انس‌در مدینه مؤسس مکتب فقه مالکی ودیگری ابوحنیفه در عراق که امیر قیاس ومؤسس مکتب حنفی‌میباشد.

## دوران خلافت عباسیها

خلافت بنی‌عباس در اوائل قرن دوم هجری شروع شد ودر نیمه قرن چهارم پایان‌یافت در دوران خلافت بنی‌عباس بعکس زمان اموی‌ها عصر نهضت علمی‌وترقی قانون وفقه اسلامی بود دولت بنی‌عباس از لحاظ اقتصادی باوج قدرت رسید علم‌فقه مورد توجه مخصوص قرار گرفت فقهای‌اسلامی‌متعدد ومکاتیب‌فقهی بسیاری‌بوجود آمد دراین دوره تفاسیری برقرآن مجید نوشتة شد کتب عدیده دراصول وفروع فقه اسلامی تألیف شد دراین دوره پایه تحقیقات‌فقهی مبتنی‌برعلوم‌تفسیر ومصطلح-الحدیث واصول فقه نهاده شد ادله عقلیه برقیاس واجماع در مبانی فقهی بوجودآمد در این‌عصر فقهای اهل سنت وجماعت بدو طایفه بزرگ وممتاز تقسیم شدند طایفه بنام اهل حدیث بریاست‌مالك‌بن انس‌درحجاز وطایفه‌دیگر که اهل رای‌وقیاس‌بودند درعراق بریاست ابوحنیفه عرض‌وجود کردند

اهل حدیث که مهدآن درحجاز بود در احکام تابع سنت نبی‌بودند وبرای رأی‌و اجتهاد واستنباط احکام‌ازادله عقلیه اعتباری قائل نبودند زیرا حجاز مهدسنت وموطن صحابه پیغمبر(ص) بود قهراً فقهای حجاز اعلم بحدیث از سایر فقها بودند از طرفی زندگی ساده‌ومحدود اعراب‌حجاز را ظواهر آیات واحادیث رهبری‌میکرد حوادث‌فوق‌العاده که‌محتاج بتحصیل‌قواعدبرای تطبیق‌حکم آن‌باقوانین اسلام باشد

در اجتماعات عربی وجود نداشت بعکس عراق که تمدن ایرانی در آن کاملارسوخ داشت وحکومت میکرد حوادث وتحولات تجاری واقتصادی که مورد نص خاص در کتاب وسنت نبود زیاد بود و علاوه بواسطه بعد راه تا مرکز سنت احادیث کمتر بعراق میرسید ودرصورت وصول هم ایمن از کذب و تصرف نبود لذا فقهای عراق و درمسائل فرعیه و حوادث واقعه متمسك بادله اجتهادی وقواعد عقلی میشدند.

در عصر بنی‌عباس دومذهب دیگر بمذاهب اهل سنت اضافه شد یکی مذهب شافعی ودیگری مذهب حنبلی است برای آنکه توضیح بیشتری در خصوصیات آن مذاهب داده شود شرح تـاسیس و تحولات حاصلـه در این مذاهب را اجمالا بیان میکنیم.

## اول مذهب حنفی

ابوحنیفه مؤسس مذهب حنفی درسال ۸۰ هجری درزمان خلافت ولیدبن عبدالملك تولد یافته ومدت هیجده سال در دوران بنی‌امیه زندگانی کرد ابوحنیفه پارسی نژاد وایرانی بود تحصیلات ابتدائی اودر علم کلام بود پس از آن علم فقه را در محضر فقهای زمان خود بالاخره مدتی درمحضرامام جعفر صادق(ع) آموخت قدرت وسیعی در انطباق قضایای عملیه وحوادث واقعه باقواعد فقه اسلامی داشت از طریق قیاس واستحسان لذامذهب ابوحنیفه در فقه مذهب رأی وقیاس نامیده شد واورا امیرقیاس میگفتند بواسطه تبحری که در فقه داشت باو لقب امام اعظم داده شد ابن هیره والی بغداد در اواخر خلافت اموی اورا بمنصب قضاوت دعوت کرد لکن او قبول نکرد تازمان منصور عباسی ببغداد احضار وبمنصب قضاوت دعوت شد چون از قبول آن امتناع کرد بامر منصورزندانی شد تاسال ۱۵۰ هجری وفات یافت ابوحنیفه باحادیث وارده کمتر اعتماد میکرد مگر آنمقدار ازاحادیث که صحت آنها براو مسلم میشد بیشتر اجتهادات اومستند بظاهر کتاب وقواعدعقلیه میباشد معذالك اصحاب ابوحنیفه

مسانید عدیدۀ از او روایت کردندوابوالمؤیدخوارزمی قاضی‌القضاة انمسانید راجمع آوری وجامع‌المسانید نام‌نهاده .

مذهب حنفی بوسیله شاگردانش که اشهر آنها چهار نفر بودند ابویوسف وزفربن هزیل‌ومحمدبن‌حسن شیبانی‌وحسن‌بن‌زیاد شیبانی‌این چهارنفر سبب‌اشتهار مذهب حنفی شدند مخصوصاً ابویوسف وشیبانی که باامامین صاحبین شهرت‌یافتند ودراشتهار مذهب حنفی سهم وافری دارند زیرا ابویوسف در زمان هارون‌الرشید بمقام قاضی‌القضاة منصوب گردید از نفوذخود در اشتهار مذهب حنفی استفاده‌کامل کرد شیبانی هم از لحاظموقعیتی که در تالیف کتب فقه وتدریس آن داشت‌درترویج این مذهب سهم بسزائی‌دارد کتب محمدبن حسن شیبانی‌مرجع فتاوی فقهای‌حنفی میباشد از قبیل کتب ظاهرالروایه ومسائل‌الاصول که عبارت از مبسوط و جامع کبیر وجامع‌صغیر و کتاب سیرصغیر وسیر کبیر وزبادات میباشد کتاب دیگری‌هم بنام‌مسائل‌النوادر تألیف‌نمود که هریك در مذهب‌حنفی‌مرجع ودارای ارزش‌علمی بسیاری است .

فقه حنفی در بیشتر کشورهای‌اسلامی مورد عمل قرار گرفته یك‌سوم‌مسلمین جهان که بالغ بردویست ملیون نفر میشوند تبعیت از فقه حنفی میکنند در دوران خلفای عباسی مدار عمل فقه حنفی بود مذهب اساسی دولت عثمانی فقه حنفی بود لذا کتاب المجله که‌اولین قانون مدنی میباشد که در ممالك اسلامی تصویب شد متخذ ازفقه حنفی است .

مدار قضاوت دربلادعربی مانند سوریه ولبنان وعراق‌واردن هاشمی‌وپاکستان وافغان وتونس فقه حنفی‌میباشد .

## دوم‌مذهب‌مالکی

مؤسس این مذهب مالك‌بن انس در سال نودوپنج هجری در مدینه متولدشد

وسال ۱۷۹ وفات یافت مالکی‌ها در احکام فقه اسلامی غالبا متمسك بظاهر کتاب و سنت میباشند ازاینرو باهل حدیث معروف شدند دلیل شرعی دیگر درمذهب مالکی وجود دارد که اصطلاحاً بآن مصالح مـرسله مینامند کـه عبارت مصالح نـاشیه از ضرورت میباشد .

الموطا از کتب وتألیفات معروف ابن مالك میباشد که مجموعهٔ از احادیث درجمیع ابواب فقه اعم ازعبادات ومعاملات است مرجع ومبنای فقه مالکی برهمین کتاب قرار گرفته که اسدبن‌الفرات جمع آوری ومنتشر کرده بنام مدونته‌الکبری مذهب مالکی در حجاز ومغرب اندلس مورد عمل قرار گرفت اتباع مذهب مالکی اینك درمغرب اقصی والجزایر وتونس ولیبی وبحرین و کویت و بعضی کشورهای عربی میباشد که تقریباً بالغ برچهل‌وپنج ملیون نفرمیشوند .

## سوم مذهب شافعی

مؤسس مذهب شافعی محمدبن ادریس شافعی‌است که درسال ۱۵۰ هجری‌سال وفات ابوحنیفه متولد شد ودرسال ۲۰٤ هجری وفات یافت .

شافعی نزد مالك‌بن‌انس مؤسس مذهب مالکی تلمّذ کرد واز اتباع او بود تا مسافرتی بعراق نمود ومدتی‌نزد محمدبن‌حسن شیبانی شاگرد ابی‌حنیفه تلمذنمود ازآن پس‌بحنفی‌ها پیوست .

در محل تولد امام‌شافعی اختلاف است‌بنا براصح تواریخ در غزه شام متولد شد وبعد از تولدش اورا بمکه بردند وآنجا نشوونما کرد در سن نه‌سالگی قرآنرا حفظ نمود ودر ده‌سالگی موطأ ابن مالك را محفوظ بود محمدبن محمد غـزالـی میگوید شافعی درقوه حافظه وفطانت خصوصیتی‌داشت تمام قرآنرا دریك هفته حفظ کرد مجموعه محمدبن حسن شیبانی را در حضور هارون از حفظ خواند حمیدی میگوید ازمسلم‌بن‌خالد استاد شافعی شنیدم که‌خطاب‌بشافعی میگفت **افت یاعبدالله**

فقد والله لك ان تفتی دراین وقت شافعی پانزده سال داشت شافعی در فقه و لغت و حدیث یدطولائی داشت ابوحاتم رازی گفته **لولا الشافعی لکان اصحاب حدیث فی عمی** شافعی هنگامی که بمصر رفت شخصاً مذهبی اختیار کرد وپس از مدتی اقـامت در مصر از بعض اقوال خود هم رجوع کرد وبمذهب جدیدخود عمل نمود .

فقه‌شافعی مستندبادله اربعه کتاب وسنت واجماع وقیاس میباشد در فقه‌شافعی استحسان خنفی ومصالح مرسله مالکی مردوداست .

شافعی اول کسی است که ادله احکام‌فقهی را مرتب وتدوین نمود واصول‌فقه را نوشت در رساله مشهور خود بحث از نصوص کتاب وسنت وناسخ ومنسوخ وعلل احادیث وشروط قبول‌حدیث‌وخبر واحد واجماع‌واستحسان وقیاس مینماید مهم‌ترین کتابی که ازشافعی باقی‌است کتاب الام میباشد حافظ جلال‌الدین سیوطی در کتاب اولیّات میگوید شافعی اول کسی‌است که آیات احکام‌فقهیه وتکالیف فرعیه را از قرآن مجید استخراج وتفسیر نمود وهم اول کسی‌است که علم اصول فقه را تدوین کرد درموضوع ادله فقهیه وعوارض ذاتیه تضیف نمود و او اول کسی است کـه در احادیث مختلفه واخبار متعارضه کتاب نوشت وقاعده ترجیح و جهات علاجیه آنها را بیان کرد .

شافعی بعلی‌بن ابیطالب ارادت وافی داشت حسین‌بن‌میبدی از حکما وعلمای اهل سنت میگوید از شافعی سؤال شدکه چه میگوئی در باره علی(ع) جواب داد **مااقول فی شخص اجتمعت فیه ثلثه لایجتمعن قط لاحدمن بنی آدم الجود مع الفقر ولشجاعه مع الرای والعلم مع العمل** پس از آن گفت **اناعبد لفتی انزل فیه هل اتی الی متی اکتمه الی متی** و نیز از شافعی این اشعار نقل شده.

| | |
|---|---|
| **لوان المرتضی ابدأ محله** | **لخر الناس طرآ سجدا** |
| **کفی فی فضل مولانا علی** | **وقوع الشک فیه انه آله** |

کتاب آلام شافعی مرجع فقهای شافعی میباشد این کتاب مشتمل بر هفت

جزء است که ربیع بن سلیمان ازاو روایت گردهٔ .

کتاب آلام در ابواب مختلفه فقه از عبادات ومعاملات ومناکحات بحث گردهٔ وجزء هفتم آن کتاب شامل مسائل متفرقه میباشد .

در انتشار مذهب شافعی بعضی ازفقها که اشهر آنها ابواسحق فیروزآبادی متوفی در سال ٤٧٦ هجری مصنف کتاب مهذب وحجةالاسلام ابوحامد غزالی متوفی درسال ٥٠٥ هجری صاحب تصنیفات عدیده در اصول وفقه وفلسفه مانند مستصفی و ذخیره واحیاءالعلوم وابوالقاسم رافعی مؤلف کتاب فتحالعزیزشرح وجیره غزالی وعزالدین عبدالسلام مؤلف کتاب قواعدالاحکام وبعض دیگر از اعلام فقها میباشند که هریك در اشتهار مذهب شافعی سهم بسزائی دارند .

بیشتر اتباع شافعی در مصرمیباشند واینك بپیروانی در فلسطین واردن هاشمی وسوریه ولبنان ومخصوصا در شهر بیروت دارد درحال حاضر عده تابعین فقه شافعی در ممالك اسلامی بالغ یکصد میلیون نفرمیباشند .

## چهارم مذهب حنبلی

احمدبن حنبل مؤسس مذهب حنبلی درسال ١٦٤ هجری درشهر بغدادمتولد شد ودر سال ٢٤١ در آنشهر وفات یافت احمدبن حنبل از شاگردان امام شافعی بود پس از مسافرتی که برای کسب علم وحدیث ببلاد عربی کرد مجموعه بزرگی بنام مسند امام احمد درشش جزء تألیف وجمع آوری نمود ومستقلا مذهبی تأسیس نمود که بمذاهب عامه در فقه افزوده شد احمدبن حنبل جدا از تمسك بقواعد و ادلـه عقلیه در ادله احکام تبری میجوید ومستند اجتهادات او صرفاً کتاب وسنت میباشد فقهای حنبلی حدیث مرسل ضعیف واجماع صحابه وقول صحابه را که موافق باظاهر کتاب و سنت باشد از ادله تشریع میدانند و عمل بقیاس نمیکنند مگـر هنگام ضـرورت اتباع ابن حنبل در صلابت عقیده واصرار در امر بمعروف ونهی از منکر

شهرت یافته .

در اثر عقیده پابرجائی که ابن‌حنبل بر تمسك نبصوص احادیث داشت بعضی از مورخین مانند ابن قدیم و ابن قتیبه وطبری اورا ازاهل‌حدیث شمردند لکن این تصور آنها برخطااست زیرا بااینکه ابن حنبل در تمسك بحدیث متعصب میباشد ولی دراستنباط احکام از ادله دارای اسلوب علمی ورویه خاصی میباشد که قهراً اعمال این رویه در استنباط احکام از ادله موجب اختلاف دربعضی مسائل فرعی باسایر ففهاشده باتعمق بفقه حنبلی کاملا امتیاز آن ازاهل حدیث واضح‌خواهدشد .

فقهای اتباع ابن‌حنبل مانند ابن‌قیم جوزی وابن‌تمیمه‌وابن عبدالوهاب‌درقرن دوازدهم هجری با قدرت عبدالعزیز آل‌سعود مذهب‌حنبلی را تجدید ومشهور کرد و درحال حاضرهم مذهب رسمی دولت سعودی حنبلی است .

شیخ عبدالوهاب مجدد مذهب حنبلی درسال ۱۱۱۵ هجری در نجدمتولدشد ودر سال ۱۲۰۶ هجری وفات یافت عبدالوهاب از طرفداران جدی فقه حنبلی است بموجب‌رسائل عدیده از قبیل رساله‌قواعداربع‌و کتاب کشف‌الشهاب ومسائل‌الجاهلیه مسلمین را دعوت بمذهب حنبلی نمود دراین باب کوشش بسیار نمود بنحوی کـه مجدد مذهب حنبلی گردید واین مذهب بنام وهابی‌شهرت یافت‌درحال حاضراتباع ابن‌حنیل یاوهابیها بالغ برسه‌ملیون نفر میباشند .

## مذاهب دیگر اهل سنت و جماعت

علاوه از چهار مذهب معروف که اجمالا شرح آنها گذشت مذاهب یامکاتیب فقهی دیگری از اهل سنت بمرورزمان‌عرض‌اندام کرد ازقبیل مذهب ظاهری وبایره و طبری و اوذاعی کـه هریك بتدریج در یکی از مذاهب فوق تحلیل رفت واینك مذاهب مشهور ومعروف اهل سنت وجماعت‌منحصر بچهارمذهب فوق‌الذ کرمیباشد.

## مرجع تمام مذاهب فقهی اسلامی کتاب وسنت است

تمام مذاهب فقهی اسلامی اعم از عامه و خاصه در دو رکن مسلم تشریع اتفاق دادند که آن دو رکن ومصدر اساسی کتاب وسنت میباشد لکن در نحوه استنباط ازاین دومصدر و کیفیت استخراج حکم ازادله مزبوراسلوب علمی فقهامختلف است زیرا کتاب که عبارت از قرآن مجیدمیباشدباتفاق جمیع فرق مسلمین قطعی الصدور استودراینکه این کتاب عزیز از طرف حضرت باری برسولش محمدبن عبدالله(ص) وحی گردیده هیچیك از فرق ومذاهب اسلامی تردید واختلافی ندارند لکن چون ظنی الدلاله است دردلالت آیات احکام واستخراج حکم الهی از آن اختلافاتی بین مذاهب وفقهای هرمذهب وجود دارد .

اما سنت چون ظنی الصدوراست فقها در اخذ احادیث واستنباط احکام از آن ناچار از تحقیق وتتبع میباشند ازطرفی اسلوب ورویه فقها از تحقیق در صحت وسقم احادیث وارده مختلف میباشد بعضی حدیثی را اخذ ودیگری مردود یا ضعیف میداند ازاین رو دراستنتاج حکم اختلافاتی بوجودمیآید .

مثلا بین فقهای عامه وخاصه در اخذبسنت وحدیث اختلاف استواین اختلاف ناشی ازاختلافی است که در حدودومعنی سنت پیدا شده فقهای خاصه سنت را عبارت از قول وتقریر وفعل پیغمبر وامام معصوم میدانند چنانچه سند سنت متصل بیکی از مصادر فوق شود آنرا متبع و حجت میدانند لکن در مذهب عامـه سنت مقید باین قید نیست .

## مجامع حدیث بنظر عامه

مجامع حدیث نزد فقهای عامه دونوع است که اصطلاحاً بآنها مسانیدومصنفات میگویند مسانید عبارت از مجموعه‌های حدیث است که باذکرسند واسامی محدثین

احادیث در آنها نقل شده که اشهر ارهمه مسند ابن حنبل است که قبلا بآن اشاره شد ولی در مصفات ذکر سند و اسامی محدثین ضرورت ندارد اشهر از همه موطا ابن‌مالك است وازمصفات معروف نزد فقهای عامه که مدار عمل ومرجع آنها است کتب سته میباشد که عبارت از صحیحان و کتب سنن اربعه است مراد از صحیحان صحیح بخاری که مولف آن عبداله‌بن اسمعیل بخاری است متوفـی درسال ۲۵٦ و صحیح مسلم تألیف ابی‌الحسین مسلم نیشابوری متوفی درسال ۲٦۱ میباشد ومراداز سنن اربعه کتبی است که ابن‌ماجد متوفی درسال ۲۷۳ وابو داود سجستانی متوفی درسال ۲۷۵ و ترمزی متوفی در سال ۲۷۵ و نسائی متوفـی درسال ۳۰۲ هجـری جمع آوری نمودند میباشد این مصنفات نزد فقهای عامه بعد از قرآن ملاك عمل آنها میباشد .

## مصنفات فقهای امامیه

اهم آنها کافی تألیف محمدبن یعقوب کلینی متوفی در سال ۳۲۹ ومن لایحضره الفقیه تألیف ابن‌بابویه متوفی درسال ۳۸۱ و استیبصارفی مااختلف من الاخبار وتهذیب الاحکام تألیف جعفر بن محمد طوسی متوفی درسال ٤۱۱ علیهم الرحمه میباشد.

بنابر آنچه ذکرشد در اینکه کتاب وسنت و اجماع وعقل از مصادر تشریع وادله فقه‌اسلامی میباشد تردیدی نیست بلکه اختلاف در طریق استنباط وشرایط آن و کیفیت تحصیل اجماع وحکومت عقل میباشد .

## اجماع

اجماع را کلیه مذاهب وفرق اسلامی اعم‌ازسنی وشیعه مصدر سوم ازمصادر تشریع در اسلام میدانند وادله هم برصحت آن اقامه نمودنـد مانند نبوی مشهور **لاتجمع امتی علی الخطا اوعلی الضلاله** یا روایت دیگر که‌ازطرق‌عامه واردشده که

**ماراه المسلمون حسناً فهو عندالله حسن وماراه المؤمنون قبيحافهو عندالله قبيح**

لکن درشروط اجماع بین فقها ومذاهب اسلامی اختلاف است فقهای امامیه اجماعی را حجت میدانند که کاشف از قول امام علیه اسلام باشد وتحصیل اجماع در فقه شیعه شرایطی دارد که در کتب اصول فقه مذکور است لکن فقهای عامه اجماع مجتهدین را درعصری از اعصار بدون قیدوشرط حجت میدانند فقهای مالکی اجماع اهل مدینه وحنبلی‌ها اجماع خلفای راشدین راحجت میدانند .

## ادله عقلیه

بطوریکه قبلااشاره شد دراثر فتوحات سریع اسلام وتوسعه کشورهای اسلامی حوادث وواقعات غیر منصوص در کتاب وسنت در برابر علمای دین و قضاة اسلامی بسیار بود که هریك میبایست منطبق با احکام اسلام شود برای انطباق احکام آنواقعات فقهای اسلام ناچار از توسل بقواعدوادله عقلیه شدند .

بنابراین هریك از فرق ومذاهب اسلامی در این قواعد واصول عقلی مسیری اتخاذ کردند بعضی ازفقهای عامه که‌در راس آنهاابوحنیفه بود متوسل بقیاس گردید وآنرا مصدر چهارم ازمصادر تشریع‌دانست .

## قیاس

قیاس را تعریف کردند بترتب حکم شرعی بر موضوع غیر منصوص بسبب وجود علت حکم مورد نص‌در آنموضوع .

بنابراین قیاس دارای‌چهار رکن‌است .

اول مقیس علیه که اصل‌است دوم‌مقیس که فرع‌است سوم وصف مشترك بین مقیس ومقیس‌علیه که علت حکم نامیده میشود چهارم حکم شرعی کـه‌بـرمقیس مترتب میشود مثلا خمر بنص‌شارع حرام‌است علت حرمت خمر هم سکر است

برای صحت قیاس شرایطی مقرر داشته اند .

اول آنکه حکم درمقیس علیه که اصلی است وملاك حکم قرار میگیرد ظاهر باشد چنانچه قابل تردیدباشد نمیتواند مقیاس حکم در مورد دیگر باشد .

دوم آنکه ملاك حکم شرعی در مقیس علیه ومقیس یکی باشد زیرا مجرد شباهت کافی برای قیاس وترتب حکم شرعی برمقیس نمیباشد .

سوم آنکه علت حکم درمقیس علیه که اساس قیاس است عام باشد لذا جایز نیست قیاس بموردی که منحصر بواقعه خاصی باشد .

بنابراین قاعده کلی درقیاس میباشد که **ماثبت علی خلاف القیاس فغیره لایقاس** چنانچه ماده ۱۵۰ المجله مقرر داشته .

بعضی از فقهای عامه مانند داودظاهری واتباعش قیاس را حجت نمیدانند لکن سایر فرق ومذاهب عامه فی الجمله قیاس را حجت میدانند ولی در وسعت دایره قیاس بین آنها اختلاف است ابوحنیفه واتباعش دایره قیاس را بسیاروسعت دادند بنحوی که مجرد شباهت بین مقیس علیه ومقیس را برای ترتب حکم برمقیس کافی دانسته اند لکن اهل حجاز واتباع مالك بن انس قیاس را هنگام ضرورت جایز میدانند ابن حنبل واتباعش خبرمرسل ضعیف را برقیاس ترجیح میدهند .

بمذهب فقهای امامیه اخذ بقیاس جایز نیست بموجب آیه شریفه **نزلنا علیك الکتاب تبیانا لکل شیئی فما اختلفتم فیه من شیئی فحکمه الی اله**

بمذهب امامیه حکم خدا پس ازپیغمبر(ص) نزدعلی بن ابیطالب ویازده فرزندش سلام اله علیه کـه تماما راسخون درعلم هستند میباشد وپس ازغیبت کبری بدستور توقیع مبارك امام علیه اسلام روات حدیث مرجع ومبین احکام الهی میباشند فقهای حنفی دایره قیاس را آنقدر توسعه دادند که دربعضی موارد دچار عسروحرج میشوند وبرای رهائی از آن باستحسان متوسل گشته اند .

استحسانرا تعریف کردند بترك قیاس واخذ بآنچه مصلحت ایجاب کند بعبارت

دیگر استحسان عبارت است از ترك دلیل واستحسان بآنچه عدالت یاضرورت ایجاب نماید گویا دراخذ باستحسان باین معنی مذهب حنفی منفرد باشد .

## مصالح مرسله

ائمه مذاهب اسلامی ازاهل سنت اتفاق دارند در اینکه احکام عبادات تعبدی است لکن احکام معاملات را بیشتر ازارباب مذاهب مبتنی برمصالح ومنافع میدانند در اینصورت آنچه از احکام معاملات از لحاظ صحت وبطلان بدلیل شرعی اعم ازنص یا اجماع یاقیاس ثابت شود لازم الاتباع است ولی درمواردی که دلیل شرعی برصحت وبطلان آنها موجود نباشد انس بن مالك امام مالکی وجود مصلحت را دلیل شرعی میداند این مصلحت باصطلاح مالکی ها مصالح مرسله نامیده میشود .

## حجیت مصالح مرسله بمذهب مالکی مشروط بسه شرط است

اول آنکه موضوع از قسم معاملات باشد که مبتنی برمصلحت ومنفعت است وارتعیدیات نبوده باشد .

دوم آنکه مصلحت موجوده موافق باشرع باشد وآنمصلحت معارض بادلیلی از ادله شرعیه نباشد .

سوم آنکه مصلحت ازضروریات باشد نه از کمالیات .

بنا بمذهب مالکی مجوز اخذ مالیات و بعضی عوارض وتوسعه معابر وامثال اینها که بنفع اجتماع است همان مصالح مرسله است .

مصالح مرسله را بعضی ازفقهای عامه حجت نمیدانند و بعضی مانند طوقی و حنبلی وغزالی وشافعی حجت میدانند مصالح مرسله در فقه شافعی استصلاح نامیده میشود .

# استصحاب

یکی از قواعد ثابته عقلیه استصحاب است که عبارت از التزام ببقای وجود محقق‌الوقوع میباشد **بقاء ما کان علی ما کان** درصورت نبودن دلیل‌شرعی درمذهب امامیه وشافعی وحنبلی اصل استصحاب حجت‌است .

دوامر دراستصحاب شرط است‌یکی یقین‌بوجودحکم‌سابق ودیگری‌شك‌لاحق شرط دیگر استصحاب اتحادموضوع حکم است مثل اینکه زید درسابق‌سلامت بوده ویقین بسلامت‌اوداریم واینك شك در سلامت وعدم سلامت اوداریم بقاعده استصحاب حکم بسلامت زیدخواهیم کرد زیرا دراین مثال قضیه متیقنه ومشکو که بـرحسب موضوع ومحمول متحدمیباشند .

در مذهب امـامیه بعضی حجیت استصحاب را بموجب اخبار وارده از قبیل **لاتنقض الیقین بالشك** وامثال آن میدانند وبعضی‌دیگر حجیت استصحابرابدلیل‌عقل ثابت نمودند بحث تفصیلی در شرایط و حجیت استصحاب در کتب مفصله اصول‌فقه شده است .

بطوریکه ملاحظه شد هیچیك ازاصول وقواعدعقلیه مورد اتفاق‌جمیع‌مذاهب اسلامی‌نمیباشد بلکه هریك اصلی‌وقاعده انتخاب‌نمودند وحجیت آنرا بمذهب‌خود ثابت نموده وملاك اجتهادات وعمل‌خود قراردادند اصول دیگرتشریع ومدارك‌فقهی که‌اساساًمورد قبول واتفاق فقها ومذاهب‌میباشد مانند کتاب وسنت درطریق استنباط از ادله مزبور اختلاف نظر بین فقها ومذاهب موجود است نتیجه این اختلاف‌آراء در طریق استنباط اختلاف‌درمستنبط که مسائل فرعیه است میباشد اختلاف‌آراء در فقه اسلامی منحصر باختلاف مذاهب تنها نیست بلکه در مذهب واحد هم در بعضی مسائل‌فرعی اختلاف‌نظر بین‌فقها موجوداست .

# پیدایش فکر تدوین قانون رسمی در ممالک اسلامی

نظر باختلاف نظرهائی که ناشی از اختلاف نظر در اصول علمی استنباط احکام بین فقها ومذاهب اسلامی بوجود آمده بود اختلاف آراء درمسائل فرعی بسیار شددر روابط حقوقی وجزائی بین مسلمین ایجاد تشتت ورحمت مینمود لذا در قـرن دوم هجری فکر ایجاد رویه واحد درامور قضائی و جزائی بین مسلمین بوجود آمد اولین کسیکه درباب تدوین قانون چیز نـوشت وپیشنهاد کـرد ابن مقفع بـود در رسالة الصحابه فصلی راجع بلزوم رویه واحددر احکام معاملات وامور حقوقی وجزائی اختصاص داده ابن مقفع در رساله مزبور لزوم یك قانون رادر ممالك اسلامی ثابت نموده میگوید قسمتی ازقوانین اسلامی مورد اتفاق جمیع فرق مسلمین است که متخذ از ظاهر کتاب وسنت نبی (ص) میباشد متبع است و آنچه مـورد اختلاف است قـوانینی میباشد که مبتنی برقیاس وادله عقلیه است این قسمت از قوانین باید تحت نظر اولیاء امور درآمده بارعایت عدالت قوانینی یکنواخت وضع وتصویب شود که تمام مسلمین بآن عمل نمایند .

بطوریکه ابن سعد در کتاب طبقات متذکر شده ابن مقفع رساله مزبوررا بابی جعفر منصور خلیفه وقت تسلیم نمود پیشنهاد ابن مقفع در خلیفه اثر کرد زیرا هنگامی که منصور برای حج مشرف شده بود آن رساله را بمالك ابن انس ارائه داد واورا مامور کرد که کتاب فقهی بمذهب خود بنویسد تاتمام مسلمین بآن عمل کنند مالك بامر خلیفه کتاب الموطا را نوشت ولی جنبه رسمی والزامی بخود نگرفت واختلاف نظر کما کان بقوت خود باقی بود واولیاء امور همواره در فکر اتخاذ رویه واحدی بودند تا قرن یازدهم هجری یکی از پادشاهان مغول درهندوستان بنام محمد اورنك کـه معروف به بهادر عالمگیر بود درمقام تدوین قانون مدنی رسمی برآمد کـه منطبق

بافقه حنفی باشد لذا ازپنج نفر فقهای معروف آنزمان دعوت کرد که بریاست شیخ نظام برهانپوری کتاب فقه جامعی تدوین نمایند که مبتنی برفقه حنفی باشد تا مدار عمل درحقوق‌مدنی وجزائی قرار گیرد هیئت مزبور بامرپادشاه کتابی موسوم بفتاوی هندیه یافتاوی عالمگیر تألیف نمودند کتاب‌مزبور مشتمل برشش‌جزءاست ودرحال حاضر یکی از مراجع مسلم فقهای حنفی میباشد لکن منظور عالمگیر از تألیف آن کتاب عملی نشد وجنبه‌رسمی بخودنگرفت .

## مجله‌الاحکام‌العدلیه

پس ازآنکه کشورهای عربی‌تحت‌تسلط اتراك درآمد وچهار قرن‌درممالك عربی‌حکومت نمودند دراین مدت قوانین ونظاماتی درشئون اداری و امور داخلی وضع وتدوین‌نمودند که بیشتر آن قوانین‌متخذازقوانین غربی‌بود ولی چون‌مذهب رسمی‌دولت عثمانی حنفی‌بود نسبت‌بحقوق‌مدنی‌وجزائی در مقام تدوین قانون‌مدنی که منطبق بافقه‌حنفی باشد برآمدندلذا درسال۱۸۶۹ میلادی هیئتی مرکب‌ازهفت نفر فقهای درجه‌اول حنفی بریاست احمدجودت پاشا ناظردیوان احکام عدلیه‌مامور شدند که کتابی مشتمل‌براحکام معاملات که‌مطابق اقوال وآراءمشهورحنفی وعاری از اختلاف باشد تدوین نمایند ماموریت هیئت مزبور که بنام هیئت‌المجله‌معروف بودند هفت‌سال ادامه‌پیدا کرد در این مدت باستخلاص آراء ازجمیع ابواب فقه و جمع‌آوری آن مشغول بودند تادرسال۱۸۷۶ مطابق ۱۲۹۳ هجری کار آنها خاتمه یافت و کتاب مجله‌الاحکام العدلیه منتشر شد ومدار عمل در تمام ممالك عثمانی قرار گرفت بنابراین المجله اولین قانون مدنی مدون رسمی در ممالك‌اسلامی‌است.

المجله مشتمل بریکهزارو هشتصد وپنجاه ویك‌ماده است که تقسیم میشود بیك مقدمه وشانزده کتاب مقدمه آن‌مشتمل بریکصدماده است ماده اول آن‌درتعریف فقه‌وتقسیم آن میباشد وبقیه درمبادی وقواعد کلیه فقه است که بیشتر آن از کتاب

اشباه ونظائر ابن نجیم و کتاب مجامع ابی‌سعید خادمی اخذشده ویکهزار و هفتصد پنجاه ویك‌ماده‌دیگر المجله تقسیم بشانزده کتاب میشود . که قسمتی از آن شامل عقود خاصه مانند بیع واجاره و کفالت ورهن وامانت و هبه وشرکت ووکالت که متعلق بعقود است مانند حجرواکراه در باقی کتب آن ازاصول محاکمات و کتاب دعوی واقرار وحلف بحث شده.

بطور کلی مواد المجله‌از کتب‌ظاهرالروایه حنفی گرفته شده ودرمواردی که آراء متعدد بوده · قولی اختیارشده که‌بیشتر موافق با احتیاجات روز بوده لذا در مواردی که‌از کتب‌ظاهرالروایه عدول گردیده در مقابل رای‌متاخرین ازفقهای‌حنفی را اختیار کردند .

المجله بحث در مسائل‌عبادات‌نکرده واکتفانموده باحکام قانونی معاملات واز حیث تقسیم ابواب وفصول وتسلسل مواد ازاسلوب قوانین جدید پیروی کرده لکن باذکر بعضی امثله درمتن مواد وبعضی تفصیلات دیگر از اسلوب قانون‌نویسی تخلف نموده‌وسبب‌این تخلف‌هم آنست که‌اولین تدوین‌قانون‌رسمی‌درشریعت‌اسلامی میباشد وناچار از توضیح موادآن برای تسهیل فهم مطالب بودند بطوریکه ملاحظه میشود المجله ازحیث نظم وترتیب واسلوب در مقابل تشتت‌واختلاف آراء واقوالی که درفقه حنفی موجود بودبی‌سابقه میباشد لذا بـاب جدیدی درفقه حنفی مفتوح کرده ازهمان زمان‌المجله مبنای حقوق مدنی ومدار قضاوت در دول عرب واسلامی از عراق‌وسوریه ولبنان ومصر وترکیه قرار گرفت ودرمدارس ودانشگاههای حقوق تدریس میشد و شروح مفصل فقها وعلمای حقوق بر آن‌نوشته‌اند که اهم آن شرح علی‌حیدربزبان ترکی‌است . که استاد فهمی‌الحسینی آنرا بعربی ترجمه کرده و سلیم بـاز شرحی عالمانـه بر آن نـوشته واز شرح اخیر آن شرح آقاسی و شرح محاسنی است .

از فقهای امامیه علامه فقید شیخ محمدحسین آل کاشف‌الغطاء شرح‌وتحریری

بر آن نوشته علامه فقید درمقدمه تحریر المجله مینویسد المجله با حسن ترتیب و اسلوبی که تدوین شده شایسته آن است که آنرا فقه قانونی یاقانون فقه نامید این کتاب را ازدوجهت شایسته تنقیح وتحریر یافتم یکی شرح وتعلیق بر آن دیگر بیان موارد اختلاف بین فقه شیعه باحنفی .

پس ازتصویب وانتشار المجله مدارعمل بطور رسمی دربیشتر مناطق حکومت اسلامی بوده تابعداز جنگ عمومی اول لکن بعدازجنگ المجله درترکیه ملغی شد وتدریجا در لبنان وسوریه نیزملغی گردید باستثناء بعضی مواد آن که بقوت خودباقی است ودرحال حاضر احکام المجله درفلسطین و کشوراردن هاشمی وعراق بااصلاحات وتغییراتی که دربعضی مواد آن بعمل آمده موردعمل است .

## قانون مدنی لبنان

بطوریکه قبلا اشاره شد لبنان مانند سایر کشورهای عربی تابع قوانین عثمانی از آن جمله مجلة الاحکام بود تا بعد ازجنگ عمومی اول لبنان تحت قیادت وتسلط فرانسه قرار گرفت درمدتی که لبنان تحت نظردولت فرانسه اداره میشد قـوانینی وضع گردید که بیشترمتخذ ازقوانین فرانسه میباشد که اهم آن قوانین قانون ثبت املاك وقوانین موجبات وقانون اصول محاکمات وقانون تجارت بحـری وقوانین دیگرمیباشد .

قانون موجبات وعقود لبنانی را روپرس (۱) قاضی فرانسوی درلبنان سال ۱۹۲۵ میلادی تدوین نمود وبرای ملاحظه وتنقیح نزد ژسراند (۲) استاد حقوق در دانشگاه لیون فرانسه فرستاده ژسراند در آن اعمال نظر کرد وعودت داد پس از آن بهیئت مستشاران لبنانی برای امعان نظروانطباق آن باعرف وعادات محلی عرضه شد در هیئت مزبورهم اصلاحاتی در آن بعمل آمد وبعضی عقود از قبیل بیع سلم و

---

۱- Ropers ۲- Josrand

معاوضه را بآن اضافه نمودند پس ازاین رسیدگی‌ها بمجلس شورای لبنان بـرای شور وتصویب تقدیم شد وپس ازتصویب قانون مزبورمقررشد بعد ازانتشار رسمی و گذشت سی ماه ازانتشار آن لازم‌اجرا باشد .

قانون موجبات لبنانی مشتمل بر یکهزار وهفت ماده است که بدو قسمت تقسیم میشود .

قسمت اول قانون شامل موجبات والتزامات بطورکلی میباشد باین معنی که دراین قسمت بحث‌میشود ازانواع مصادرالتزام و آثاراشتغال ذمه‌وسقوط آنها وبعضی کلیات دیگرقسمت دوم ازقانون نامبرده شامل عقود خاصی ازبیع واجاره وهبـه و معاوضة ودیعه وقرض و اعاره ووکالت وشرکت وصلح و کفالت‌میباشد درسال۱۹۳۲ وسال۱۹۳۷ بعضی موادآن اصلاح‌شد .

بموجب این قانون جمیع احکام‌وموادالمجله وسایرقوانین‌عثمانی که‌معارض با این قانون بوده ملغی گردیده از المجله باقی مانده آنچه را که بانصوص قانون جدید موافق بود که اهم‌آن احکام حجروصغار ومجانین وسفها ومسائل مزارعـه و مساقات واحکام مرض موت وبعضی مسائل متفرقه دیگرمیباشد علمای حقوق عصر حاضرقانون موجبات وعقود لبنانی را ازمهمترین قوانین جدید میدانند زیـرا که مبادی اساسی آن ازفقه حنفی اسلامی اخذ وازقانون مدنی فرانسه وآلمان‌ونظریات جدید علمای حقوق فرانسه وسویس و آلمان وبعضی از کشور های دیگر متأثـر شده است .

## قانون‌مدنی‌سوریه

دوران تاریخی این کشورشبیه بسوابق تاریخی همسایه خود لبنان میباشد تا سال ۱۹٤۲ تابع قوانین المجله مانند سایر کشورهای عربی بوده‌دراین سال‌هیئتی

بریاست استاد اسعد کورانی وزیر دادگستری وقت برای تدوین قوانین تشکیل یافت دراین هیئت قانون مُدنی وقانون تجارت وقانون مجازات تدوین وبتصویب رسیداین قوانین بخصوص قانون مدنی سوریه متخذ از قوانین مصر ولبنان و عراق میباشد قانون مدنی سوریه مشتمل بریکهزارویکصد وسی ماده است که بیشتر آن از قانون مدنی مصر اتخاذ شده وقسمتی هم ازقانون مدنی لبنان .

## قانون مصر

تا زمان دولت فاطمی فقه شافعی درمصر حکومت میکرد زیرا مذهب رسمی مصری‌ها شافعی بود وپس اززوال دولت فاطمی مذهب رسمی ایوبی هم درمصر شافعی گردید تا زمان ظاهر بیبرس که مقررات قضاة اربعه شافعی حنفی مالکي حنبلي وضع واجری گردید .

البته با حفظ رتبه اول برای قاضي شافعي نظامات محاکم مختلط باقی بود تا تسلط عثمانیها برمصر چون مذهب رسمی عثمانیها حنفی بود احکام المجله را در مصر مقرر داشتند لکن بعلل سیاسی مصریها تبعیت ازفقه حنفی کردند لذا عثمانیها محاکم نظامی را درمصر توسعه دادند بنحوی که دائره اختیارات محاکم شرعی محدود شد این کشمکش بین دولت عثمانی وملت مصر باقی بود تا بالاخره در سال ۱۸۷۵ محاکم مختلط دوباره در آن کشور تصویب ومدارعمل قرار گرفت در همین سال قوانین ستة محلی که عبارت ازقانون مدنی وتجاری وبحری وجنائی ومرافعات واجرائیات جنائی باشد بروفق قوانین مختلط تدوین ووضع گردید تاسال ۱۹۳۶ که قانون مدنی فعلی مصر تدوین وجمع آوري شده

تدوین قانون مدنی مصر تفصیلی دارد که اجمالا بیان میشود ودرسال ۱۹۳۶ میلادی هیئتی مأمور تدوین قانون مدنی مصر گردیدند پس ازدوماه هیئت منحل شد

وهیئت دیگری بجای آن هیئت مأمورشدند تا سال ۱۹۳۸ بکار خود ادامه دادند و بدون اخذ نتیجه هیئت دوم نیزمنحل گردید تانوبت باستاد عبدالرزاق سهوری‌پاشا وعضویت لامی تشکیل شد وقانون مزبور را تنقیح نمود و بوزیر دادگستری وقت برای تقدیم بمجلس تسلیم شد ودرسال ۱۹٤۸قانون مدنی فعلی مصربتصویب‌مجلس رسید ودر ۱۵ نشرین ۱۹٤۹ امتیازات اجنبی ومحاکم مختلط درمصرملغی گردید وقانون مدنی مزبوربموقع اجراء گذارده شد.

قانون مدنی مصرمشتمل بریکهزارویکصد وچهل ونه ماده است ومتخذ ازسه ماخذ میباشد.

قانون سابق اجتهادات فقهای مصری وفقه اسلامی درباره اول قانون مزبور تصریح شد که درصورت عدم وجود نص قانون درواقعهٔ قاضی‌مکلف است ازمبادی‌فقه اسلامی تبعیت نماید.

خصوصیت وامتیازی که درقانون مدنی مصروجود دارد اینست که بهیچ وجه ازقانون مدنی فرانسه وسایرقوانین اروپائی متأثرنشد.

## قانون مدنی عراق

کشورعراق مانند سایر کشورهای عربی تابع احکام المجله بود تاسال۱۹۳٦ که هیئتی برای تدوین قانون مدنی براساس فقه اسلامی بارعایت مقتضیات زمان تشکیل شد وقانون مدنی فعلی عراق را تا احکام بیع تدوین نمودند دراین هنگام عمل هیئت بعلل سیاسی متوقف گردید تاسال ۱۹٤۳ هیئت دیگری بریاست دکتر عبدالرزاق سهوری تشکیل یافت ودنباله قانون مزبوررا تدوین نمودندکاراین هیئت تا سه سال ادامه یافت تاتمام قانون مدنی عراق تدوین گردید و پس از آن هیئت

دیگر بریاست دکتر سهوری مزبورتشکیل شد مواد قانون مزبور را یکی پس از دیگری بررسی نمودند وپس ازتجدید نظرودقت کامل بمجلس شورای عراق تقدیم گردید وپس ازتصویب مقررشد بعد ازنشر آن درروزنامه رسمی کشور عراق پس از دوسال لازم الاجرای باشد .

قانون‌مدنی عراق مشتمل بریکهزاروسیصد وهشتاد وسه‌ماده است که منقسم میشود بیك مقدمه‌ودوقسمت مقدمه آن درتطبیق قانون‌وتقسیم اشخاص واشیاء‌اموال وحقوق است قسم‌اول درحقوق شخصیه است که آن‌نیز بدو کتاب تقسیم‌میشود کتاب اول التزامات و کتاب دوم درعقود میباشد .

قسم دوم‌درحقوق عینیه است که این قسم نیزبدو کتاب منقسم میشود کتاب اول درحقوق عینیه اصلی و کتاب دوم درحقوق عینیه تبغی میباشد.

دراین قانون نیزمقررشده که درصورت عدم نص صریح درموردی قاضی‌مکلف است بعرف محل واحکام شریعت اسلام عمل‌نماید.

## قانون مدنی ترکیه

کشورترکیه نیزتابع احکام المجله بود تا نهضت مصطفی کمال پاشا که دستگاه خلافت درآن کشور سرنگون گردید ومنصب شیخ الاسلامی و محاکم شرعی ملغی شد وقرآن مجید را بلغت ترکی ترجمه کردند بجای حروف عربی حروف لاتین‌استعمال شد انقلاب بزرگ وسریعی در آن کشوربوجودآمددراین‌موقع درمقام تدوین قانون‌مدنی متناسب‌بااوضاع برآمدند وپس ازمطالعات درقوانین‌مدنی دنیای غرب بالاخره قانون مدنی وقانون موجبات سویس را عیناً ترجمه وباتعدیل مختصری‌آنرا درمجلس مقننه ترکیه تصویب کردند وپس ازآن قوانین المجله و

وقوانین اسلامی در آن کشورملغی گردید:

بموجب قانون مدنی ترکیه درارث زن ومرد مساوی هستند وبرای زنان با شرائطی حق مطالبه طلاق مقرراست وتعدد زوجات ممنوع گردید اختلاف زوجین دردین مانع ازازدواج نیست.

## بخش دوم

# درمبانی قوانین غربی

مدنیت چهارده قرن روم قدیم که از قرن هشتم قبل از میلاد شروع میشود و بمرگ یوستینانوس امپراطور روم در قرن ششم بعد از میلاد خاتمه میابد آثار گرانبهائی از تمدن خود درممالك غربی بارث باقی گذاشت از آن جمله قوانین ومصوبات رومی است که پایه واساس حقوق دنیای غرب قرار گرفت اولین قانون اساسی که قبل از میلاد مسیح وضع گردید ومبنای حقوق غرب قرار گرفت لوایح دوازده گانه میباشد بنابر آنچه البرماله درتاریخ معروف خود مینویسد شرح آن ازاین قرار است .

قبل از میلاد مسیح درروم قدیم کشمکش هائی بین طبقه عوام وخواص وجود داشت پس از جدال های زیاد بالاخره طبقه عوام در روم مقام شایسته در مقابل خواص بدست آورد ولی بطور کلی از تابعیت خواص خلاص نشده بود زیرا خواص میتوانستند بمقام حکومت برسند وبرطبق قوانینی که خود خواص بر آن واقف بودند عمل نمایند زیرا تا آنزمان که در حدود چهار قرن قبل ازمیلاد بود قوانین مدوّن ومکتوب که همه بر آن مطلع باشند در روم موجود نبود مقرراتی عرفی وجود داشت که فقط طبقه خواص اطلاع داشتند وطبق همان مقررات حکومت میکردند پس از آنکه طبقهٔ عوام موقعیتی احراز کردند عدم رضایت خودرا از نداشتن قانون مدوّن اعلام کردند ویکی از نمایندگان عوام پیشنهاد کرد که مجموعهٔ قوانین نوشته شود ودر بین عموم منتشر گردد مجلس

سنا پس‌از ده‌سال مقاومت در مقابل این پیشنهاد بافشار عمومی تسلیم گشت وهیئتی را برای‌تحقیق وتدقیق قوانین موضوعه بیونان (ایطالیای‌جنوبی) که مدنیت قابل توجهی داشت مامور واعزام نمود پس ازمراجعت این هیئت ده‌نفر از خواص برای انشاء قوانین مدنی وجرائی بااختیارات تام انتخاب‌شدنـد این هیئت بقضات عشره نامیده میشدند درتمام مدتی که هیئت مزبور بوضع قوانین اشتغال داشتند صاحب اختیار مطلق روم بودند پس‌ازیك‌سال که هنوز مجموعه قوانین تمام نشده بود ملت روم آن هیئت را از مقام قانونگـزاری خلع نمود و فقط یکنفر از آن هیئت بنام **آپیوس کلایوسن** باتفاق نه‌نفردیگرانتخاب شدندلکن طبق روایات قدیم هیئت‌دوم همه‌جبار وستمکار بودند لذا درنتیجه شورش‌عمومی‌بعضی‌از آنهاانتحار کردندو بعضی دیگر تبعیدشدند معذالك آنمقدار از قوانین‌را که قضات عشره تدوین نموده بودند محفوظ داشته وبرروی دوازده میزمفرغ حك کردند از این‌جهت‌بلوایح دوازده گانه معروف شد .

در قانون مزبوربمرورزمان تغییراتی حاصل شده لیکن هیچوقت رومیان آنرا نسخ‌نکردند این قانون‌شامل اصول مختلفه واحکام متنوعه میباشد در قانون‌مزبور سلطنت‌حق ملت است که بهر کس بخواهد تفویض میکند وهر موضوعی که‌بآراء عمومی ملت مراجعه شودآنچه ملت‌رای دهد حتمی‌الاجری است حکم ملت قانون لازم‌الاجری میباشد بموجب این قانون‌اصل تساوی افراد مقررشد ازآن‌زمان تساوی مدنی یعنی مساوات افراد یك‌شهر در مقابل قانون مفهوم واقعی خودرا در روم پیدا کرد بااینکه لوایح دوازده گانه‌اصل تساوی مدنی‌را اعلام نمود معذالك ازدواج‌عوام را باخواص جایز نشمرده‌زیرا عروسی‌خواص ازمراسم مذهبی محسوب میشدوعوام حق شرکت درآنرا نداشتند تاچند سال پس‌از تصویب قانون **کانولیوس** نماینده عوام پیشنهاد کرد که متمولین از عوام باخواص کفـو باشند وحق‌ازدواج باخواص را داشته باشندوبااصرار پیشنهادخود راعملی کرد .

لوایح‌دوازده گانه که‌بمقتضای عرف‌وعادت‌زمان‌تصویب‌شد طلیعه‌قانون گذاری دررم گردید لذاپس ازآن مصادر قانون گذاری دیگر تدریجاً بوجود آمد که‌هریك ازآن مصادر باتوجه‌باصول لوایح‌دوازده گانه درحدود اختیاراتی که داشتند بمقتضای وقت واحتیاجات روز قوانین وضع‌میکردند .

دکتر صبحی محمصانی در کتاب **فلسفة‌التشریع فی‌الاسلام** میگوید قوانین مصوبه درروم قدیم بدونوع تقسیم میشد که هردو آن قانونیت داشت .

## قانون‌مباشر وقانون‌غیر مباشر

نوع اول که قانون مباشر نامیده میشد عبارت از قوانینی بود که سلاطین و شیوخ و مجالس وشعب متعدده قانون گذاری در حدود اختیاراتی که داشتند وضع میکردند .

نوع دوم که‌قوانین‌غیر مباشد نامیده میشد عبارت ازاستنباطات و اجتهادات قضات وعلمای‌حقوق‌وقت از کلیات قوانین‌بود .

برای آنکه بمدنیت قابل‌توجه‌وطرزتشکیلات روم‌قدیم‌پی ببریم‌شمه‌ازتشکیلات وکیفیت قانون گذاری روم‌قدیم نقل‌میشود .

بطوریکه **البرماله** مورخ معروف مینویسد پس ازآنکه مجادله طبقاتی‌درروم قدیم خاتمه‌یافت تقریبایکصدوپنجاه سال‌رومی‌ها درصلح وآرامش داخلی‌بسر بردند در تمام این مدت حکومت مردم برمردم کاملا در آنسرزمین حکمفرما بود میتوان گفت درتمام مدت یکصدوپنجاه سال ملت پادشاه‌وحکم‌روا بود اهالی‌رم حق‌داستند در **کمیس‌ها** ( مجالس‌عمومی)جمع شوندقوانین‌را تصویب وقضات وزمامداران‌خود را انتخاب نمایند .

عمّال بزرگ از قبیل **پرتورها سانسورها کنسول‌ها** قدرت بسیار داشتند اما برای مدت محدودی که انتخاب شده بودند مجلس‌سنا که متشکل میشد ازحکام

ومأمورین عالیرتبه قدیمی سیاست عمومی روم را تأمین و جمهوریت را اداره میکرد اصولا در روم بمفهوم امروزی نماینده ملت وجود نداشت یعنی مرسوم نبود ملت کسی را بعنوان نمایندگی انتخاب کند بلکه حکومت ملت برمقدرات خود بنحو مستقیم انجام میشد باینمعنی که افراد ملت مستقیماً در مجالس عمومی جمع میشدند ودرتمام شئون کشوری رای میدادند ملت روم کسانی بودند که خود وپدرانشان ازاهل روم بوده باشند یا آنکه از طرف مردم بکسی ملیّت اعطاشده باشد این اشخاص میتوانستند در مجالس عمومی که کمیس نامیده میشد شرکت کرده رأی بدهند . درهمین مجالس قوانین وضع وزمامداران تعیین وانتخاب میشدند .

## موقع ومحل انعقادمجالس عمومی

کمیس یامجالس عمومی در ماه ژویه هرسال در میدان مریخ تشکیل میافت برای تصویب قوانین وتعیین کنسولها وسانسورها ورؤسای احتساب وقضات .

مجلس سنا که ناظر بجمیع امور اجتماعی ومدیر جمهوریت بود بیست روز قبل از انعقاد مجلس عمومی تاریخ انعقادوبرنامه مجلس را اعلان میکرد کسانیکه کاندیدای هریك از مقامات فوق بودند شنل سفیدی میپوشیدند و برای معرفی خود بملت وجلب توجه مردم باتفاق یکنفر معرف که اورا ( نمان کلاتر )مینامیدند در بازار ومیادین عمومی گردش میکرد وبامردم تماس میگرفت ودست آنها را میفشرد وگاهی از مردم استمداد ودرخواست مساعدت میکرد وگاهی بمردم پول میداد و رای آنها را میخرید مخصوصا یکقرن قبل ازمیلاد که روم بمنتهی درجه قدرت و عظمت رسیده بود رشاوارتشا وخریدوفروش رای درنهایت رواج وتفضیحت رسیده بود

روزانتخاب واخذارا ، رئیس مجلس درابتدا ، جلسه صورت کاندیدا ها را قرائت میکرد حضار که بدستجات مختلف تقسیم شده بودند هر یك نام یکی از کاندیدا را که میل داشت روی لوحه نوشته ودرصندوق میانداخت پس از خاتمه اخذ

آراء درهمان مجلس اسم انتخاب شده گان اعلام میگردید .

حکام رومی باستثنای سانسورها برای مدت یکسال انتخاب میشدند خدمت آنها افتخاری بود حقوق نمیگرفتند درمدت یکسال که انتخاب شده بودند عـزل آنها ممکن نبود ولی درپایان سال مکلف بودند حساب عملیات مدت تصدی خودرا بملت بدهند ازاین حکم دیکتاتورها وسانسورها مستثنی بودند .

تشکیلات اداری روم در آنزمان ازدو کنسول ودوسانسور وچند نفرتـربین و چند نفر (بقدراحتیاج) رئیس تأمینات وبلدیه متشکل میشد .

حکام وبعض مأمورین عالیرتبه برروی صندلی که موسوم بکرسی **کورول** یعنی کرسی حکومت بود جلوس میکردند حکام کورول نامیده میشدند درمواقع معمولی شنلی که دارای حاشیه قرمزبود دربرمیکردند در ایام عید شنل آنها تمام قرمزبود .

کنسولهاوپرتورهام ودرمواقع خطرواشتثنائی دیکتاتورهااختیارات نظامی داشتند وهمیشه چند نفر یساول پیشا پیش آنان حرکت میکردند .

## درجات مختلفه عمال دولتی

هریك ازاهالی روم که تام الاعضاء بود یا بواسطه ارتکاب جنایتی از خدمات دولتی محروم نشده بود حق داشت داوطلب خدمات عالیه دولتی بشود بشرط آنکه ده سال درقشوق خدمت کرده باشد دراینصورت قبل ازبیست وهفت سال هیچکس نمیتوانست بخدمات دولتی اشتغال ورزد .

روزاول ژانویه اولین‌روز ورود بخدمت‌مأمورین‌محسوب میشد ولی کستورها وتربین‌ها درماه دسامبرسرکارمیرفتند در آخرسال که دوره خدمت مأمـورین تمام میشد بلافاصله ازشغل خود کناره گیری میکردند وسوگند یاد میکردند که درمدت تصدی خود بقوانین کشور خیانت نکردند مأمورین پس از پایان دوره خدمت حـق

نداشتند برای مرتبه دوم بهمان شغل سابق انتخاب شوند .

## اختیارات عمال دولتی

**کنسول** در دوران اولیه کنسول تمام اختیارات پادشاه را حائز بودوباوجود تقسیم کارها کنسول درتمام شئون کشوری نفوذ کامل داشت بکنسول‌ها اهالی روم پدر واوصیاء دولت خطاب میکردند .

کنسول از طرف انجمن‌های سانتوری برای مدت یکسال انتخاب میشددراول ژانویه باتشریفات وتجلیلات بسیار کنسول بر کرسی حکومت جلوس میکرد و پس تقدیم قربانی به **ژوپیتر** ریاست جلسه‌سنا را که درهمان محل تشکیل یافته‌بودبعهده میگرفت پس‌از آن باهمان تشریفات اولیه بمنزل‌خویش مراجعت میکرد کنسول درمواقع رسمی واعیاد مذهبی نماینده دولت بودبرمجلس سنا وانجمن‌های‌سانتوری واجرای قوانین‌نظارت داشت هنگام جنگ به‌تجهیز قشون‌امرمیدادصاحب‌منصبان ارشد را انتخاب وزمام فرماندهی‌را بدست‌میگرفت .

**سانسور** مقام سانسور از عالیترین مقامات دولتی شمرده میشد هر پنجسال یکمرتبه ملت دونفر سانسور برای مدت‌هیجده‌ماه انتخاب‌میکرد .

وظیفه سانسور تحریرنفوس وسرشماری‌اهالی بودتمام مردمرا درمیدان‌مریخ احضارمیکرد واظهارات افرادرا در خصوص منزل وخانواده و تعداد جمعیت آنها و خصوصیات دیگرافراد را دردفتری ثبت‌میکرد وپس‌از آن اهالی شهررا بطبقات و سانتوریها تقسیم‌میکرد همچنین اسامی اعضاء مجلس سنارا تهیه مینمود وازبین‌حکام مستعفی آنهارا انتخاب میکرد مراقبت در اخلاق عمومی ومجازات کارهای زشت از قبیل **سوگنددروغ ونقض‌عهد وتجمل فوق‌العاده وجلوگیری از ترک اطفال** از وظائف سانسور بود سانسور حق‌داشت‌مرتکبین این نوع‌اعمال را رذل وبی‌ناموس بخواند وآنهارا حزو طبقه پائین‌تر محسوب داردو در صورت اقتضا از حقوق‌سیاسی

محروم کند حتی از مقام سانتوری خلع واسم آنان را از دفتر انجمن‌های سانتوری خارج نماید .

**پرتور** پرتورها منحصراً بامور قضائی مداخله میکردند در دوران اولیه روم قدیم یك پرتور یعنی قاضی شهر وجود داشت که بمرافعات مردم رسیدگی میکرد تاپس از پایان جنگ پونیك قاضی دیگری برای تسویه دعاوی خارجیان انتخاب شددرهر مورد اعم ازحقوقی وجزائی قضات حکمی صادر میکردند مکلف بودند باطلاع عامه برسانند دراواخر بتدریج بتعدادقضات افزوده‌شدوبعضی اختیارات کنسولها از قبیل فرماندهی قشون‌وفرمانروائی ایالات بآنها واگذار گردید .

## کستور

حکام امورمالی‌را کستور میناميدندهمواره دونفر از کستورها برای‌محارست خزانه عمومی‌درروم‌متمرکز بودندسایرین بمعیت کنسول‌هاوپرتورها در اردویاایالات بمنزله خزانه‌دار یامأمور پرداخت آنها بودند .

## ایدل

ایدلها بدودسته تقسیم‌میشدندایدل خواص‌وایدل کورول (عوام) ترتیب‌ارزاق عمومی وتنظیف‌واصلاح معابرشهر وتنظیم نمایشگاههای عمومی بعهده‌آنها بود .

## تربین

تربین‌ها جزء عمال دولت محسوب نمیشدند این‌اشخاص علاوه ازاینکه حق داشتند عضو سناباشند میتوانستند اعضای مجلس سنا را احضار وریاست آنرا عهده شوند تربین‌ها کسانی‌بودند که برای حمایت عوام انتخاب میشدند این اشخاص از

هر تعرضی مصون بودند درمقابل تصمیمات زمامداران حق **وتو** داشتند ومیتوانستند با تصمیمات سنا وحکام مخالفت کنند ولی مخالفت تربین‌ها درمقابل اجرای مقاصد دیکتاتورها وسانسورها مؤثر نبود .

## دِیکتاتور

دیکتاتورها حکمرانهای موقتی بودند که در مواقع خطروپیش آمدهای مهم برای مدت محدودی که بیش از شش ماه نبود از طرف کنسول‌ها بامر سنا انتخاب میشدند هر دیکتاتوری یك نفر معاون بنام سر کرده سواران برای خود انتخاب میکرد ومانندیك سلطان مستبد حکومت مینمود این مأموریت همیشه محدود بشش ماه بود و پس از شش ماه مکلف بود استعفا بدهد پس از پایان جنگ دوم انتخاب دیکتاتور بکلی موقوف شد وپس از آن درمواقع خطر ولزوم مجلس سنا اختیارات دیکتاتور را بخود کنسول تفویض میکرد .

سیر تکاملی تمدن روم تاامپراطوری **بوستنیانوس** در قرن ششم بعد از میلاد مسیح ادامه داشت بوستنیانوس مقرر داشت کلیه قوانین مصوبه تاآنزمان را جمع آوری کردند وبنام مجموعه حقوق مدنی منتشر نمودند چون بمرگ **بوستنیانوس** امپراطوری روم ساقط شد قوانین رومی با بعضی قوانین زمان جنگ ومقررات وعادات عرفی قبایل مخلوط وممزوج شد واین وضع تااواخر قرون وسطی که نهضت علمی در اروپا شروع شد ادامه داشت در آن نهضت اولیاء امور دوباره متوجه قوانین مصوبه روم قدیم شدند محققین ودانشمندان اروپائی مجموعه بوستنیانوس راموردمطالعه و دقت قراردادندو آن مبنا واساس قانون گذاری گردید لذا ملاحظه میشود که هریك از کشور های اروپا باتغییرات واصلاحاتی که بمقتضای تحولات حاصله واحتیاجات ملت خود لازم می‌دانست قوانین رومیان قدیم را موردعمل قراردادند .

شاید مهمترین چیزی که اروپائی‌ها از اسلاف خود بارث بردند وتا کنون اثر

آن درقوانین آنها کاملا محسوس است قواعد کلی رومیان قدیم درباب موجبات وعقود است که با اندك اختلافی مبنای قوانین جدید قرار گرفته .

## قانون ناپلئون یاقانون مدنی فرانسه

اولین کشوری که قانون مدنی طبق اصول قانونگذاری تدوین ووضع نمود کشور فرانسه بود وشرح آن اجمالا ازاین قراراست کشور فرانسه تااواخر قرون وسطی بدو قسمت بزرگ تقسیم میشد فرانسه شمالی وفرانسه جنوبی هریك ازاین دوقسمت مزبور تابع قوانین ونظامات جداگانه بودند که از لحاظ نظامات باهم ربطی نداشتند.

قسمت شمالی فرانسه تابع مقررات قوانین ونظامات عرفی ومحلی خودبود و قانون تدوینی نداشتند عادات محلی شئون اجتماعی آنهارا رهبری واداره میکرد .

قسمت جنوبی فرانسه تابع قوانین تدوینی بود که از قوانین روم قدیم اخذ شده بود این رویه ادامه داشت تا زمان امپراطوری ناپلئون که دولت مرکزی کشور فرانسه برهبری ناپلئون باوج قدرت رسید ناپلئون وحدت قانون را در کشور ضروری تشخیص داد لذا هیئتی را مأمور تدوین قانون یکنواختی برای کشور فرانسه نمود وریاست آن هیئت را شخصاً بعهده گرفت هیئت نامبرده با توجه بقوانین روم قدیم قانون مدنی فرانسه را که معروف بقانون ناپلئون است تدوین نمودند ودرسال ۱۸۰٤ میلادی تصویب ومنتشر شد وازآن تاریخ بموقع اجراء وعمل گذارده شد .

باتعدیلات واصلاحاتی که بمرورزمان در آن بعمل آمده قانون ناپلئون تاکنون در فرانسه مدار عمل است قانون فرانسه مشتمل بردوهزار و دویست وهشتادویك ماده است که منقسم بیك مقدمه وسه کتاب میشود مقدمه آن درتطبیق و نشر قانون است .

کتاب اول دراشخاص کتاب، دوم دراموال وحقوق عینه.

کتاب سوم در اسباب تملك که بترتیب عبارت است از ارث و هبه

ووصیت و موجبات و عقود خاصه و امتیازات و رهونات و تأمینات و مـرور وزمان میباشد .

از آن‌پس قوانین فرانسه‌بطور کلی وقانون مدنی آن کشوربخصوص سرمشق قوانین دول‌معظم اروپا قرار گرفت حتی بعضی‌از کشورها مانند بلژیك عیناً قانون مدنی ناپلئون‌را ترجمه نموده‌ومورد عمل‌قراردادند بعضی از کشورهای دیگرترجمه قانون مزبوررا بابعضی تصرفات وتعدیلات مورد تصویب وعمل قـرار دادند . مانند قانون مدنی آلمان‌وسویس .

## قانون‌مدنی آلمان‌وسویس

بطوریکه اشاره شد قانون مدنی این دو کشور از قانون مدنی فرانسه اخذ شده لکن بمقتضای طبع هر کشور تصرفاتی دربعضی مواد قانون مزبوربعمل آمده. اساتید وعلمای‌حقوق آلمان وسویس‌دراصلاحات وتعدیلات قانون مدنی‌خود سهم وافری دارند. بنحوی که قوانین این‌دو کشور دارای امتیازات علمی و نظری خاصی میباشد که درسایرقوانین کشورهای اروپائی وجود ندارد .

## قانون‌موجبات‌سویس

قانون موجبات سویس درسال ۱۸۸۱میلادی وضع ودراول سال ۱۸۸۳ منتشر وبموقع اجرا گذارده شد پس‌از آن‌یکی از اساتید حقوق دانشگاه برن‌مأمورتدوین قانون مدنی سویس گردیدوپس‌از تدوین درسال۱۹۰۸بتصویب مجالس اتحادسویس رسیدودر ابتدای سال ۱۹۱۲ بموقع اجرا گذارده شد .

قانون موجبات وقانون مدنی سویس ازبهترین قوانین اروپا از جنبه علمی وعملی میباشد .

کمال آتا ترك پس ازمطالعه در جمیع قوانین عصری قانون موجبات و قانون مدنی سویس را ترجمه وبتصویب مجلس رسانید و بموقع عمل در کشور ترکیه گذارد .

## قانون آلمان

اما قانون مدنی آلمان سال ۱۸۹۹ تدوین ووضع گردید وازاول سال ۱۹۰۰ بموقع اجراء وعمل گذارده شد قانون مدنی آلمان شامل دوهزاروسیصد وهشتادوپنج ماده است که تقسیم به پنج کتاب میشود کتاب اول در کلیات دوم در موجبات سوم حقوق عینیه چهارم درحقوق عائله پنجم درمواریث .

## قانون انگلیس وامریکا

قوانین این دو کشوربهم نزدیك میباشد وهردو کشورهمواره حافظ تقالید و عرف وعادت وسوابق قدیمی قومی ونژادی میباشند ازطرفی چون این دو کشور بزرگ متشکل ازملل مختلف میباشند که هریك ازملل واقوام دارای عادات وعرف ومذهب مخصوصی هستند کشورانگلستان و ممالك متحد آمریکا قوانین مدوّنه رسمی که تمام قلمروو کشورهای مزبوررا اداره کند ندارند .

مثلا اسکاتلند از قانون رومان قدیم متأثر است مستعمرات جنوبی آفریقا نیز تابع قوانین هلندی هستند در هندوستان قبل از تقسیم و استقلال که مستعمره انگلیس بود قوانین اسلام حکومت میکرد هر یك از ملل واقوام که جزو کشور های مزبور قرار گرفتند در حفظ آداب و قوانین خود مختارند بلکه دولت مرکزی هم آنها را در این قسمت تقویت کرده ومجری قوانین محلی آنها میباشد .درهرصورت قانون مدنی مدون رسمی یکنواخت دراین دو کشور بزرگ دنیا نیست ومدارقضاوت در انگلستان آراءِ و رویه عمومی محاکم عالی

قضائی است که به پیشینه یا سوابق قضائی نامیده میشود و بر اثر احکام عدیده صادره ازمجلس لوردها آراء مزبور که شامل بیشتر احکام عرفی و روابط حقوقـی میباشد بمنزله یك قاعده ثابت الزامی گردیده و برای قضات متبع است .

ولذا تصور بعضی از اهل حقوق باینکه قضاوت در انگلیس و آمریکا تابع نظر قضات است بدون اینکه مبتنی بر اصل مسلمی باشد بر خطا است زیرا محاکم ابتدائی تابع محاکم عالی میباشند و نظریه محاکم عالی مبتنی بر اصل مسلم ورویه و آراء مزبور است وتخلف از آنها بسهولت برای قضات انگلیسی و آمریکائی مقدور نیست با این وصف بعضی از رجـال انگلستان پیشنهاداتی بـرای تدوین یك قانون مدنـی یکنواخت نمودند وجدیت آنان روی اصل محافظه کاری آن دولت تاکنون بجائی نرسیده است .

لکن بعضی قوانین جزائی وتجاری مانند قانون اسناد تجاری که در سال ۱۸۸۲ وقانون شرکت درسال ۱۹۰۶ وقانون بیع که درسال ۱۸۹۲ وقانون ضمان در سال ۱۹۰۶ وقانون سرقت درسال ۱۹۱۶ تدوین وبتصویب قوای مقننه آن کشور رسید بعضی قوانین هم درمستعمرات بریطانیا بتصویب رسیده است .

## آیا شریعت اسلام ازقوانین مدنی روم قدیم متأثر شده

موضوعی است که بین دانشمندان غربی وشرقی مورد بحث واختلاف میباشد جمعی ازدانشمندان غربی مدعی هستند که شریعت اسلام هم مانند ملل غـربی از قوانین روم قدیم اقتباس نموده حتی ایموس یکی ازدانشمندان غربی درعقیده خود مبالغه نموده در کتاب قانون رومانی گفته که شریعت محمّدی ( ص ) نیست مگـر قانون امپراطوری روم قدیم که با مقتضیات وعرف متملکات عرب تعدیل شده

**فون کریمر** در کتاب تاریخ شرق درایام خلفا **داملیوسی** در کتاب رابطه اسلام بابزنطی دعوی اقتباس شریعت اسلام را ازقوانین رومی نمودند .

این دانشمندان طریقه اتخاذ مسلمین قوانین رومی‌را ازدوراه تصور کردند یکی بواسطه شریعت‌یهود که مقدّم برشریعت اسلام بوده دیگر برخورد مسلمین در فتوحات مصروشام وروم بقوانین رومی .

این جماعت دلیل اقتباس را شباهت موجود بین دو قانون روم واسلام در بعض اصول و مسائل میدانند مانند قاعده بینه و قواعد بیع و اجاره و امثال اینها .

درمقابل این جماعت جمعی‌ازعلمای شرقی مانند استاد فائزالخوری‌در کتاب حقوق روم واستاد عارف نکدی دررساله القضاء فی‌الاسلام وشیخ محمد سلیمان در رساله بای شرع نحکم واستاد دکترصبحی محمصانی در کتاب فلسفه التشریع فی‌الاسلام وجمع دیگرقرار گرفته‌اند .

این دانشمندان شرقی با قائلین باقتباس قوانین‌اسلام ازقوانین رومی مخالف میباشند میگویند شباهت موجود بین دو قانون در بعضی کلیات و اصول دلیل اقتباس نیست .

زیرا مصدراساسی درشریعت اسلام کتاب وسنّت است که ازطریق وحی الهی درمدت ۲۳ سال بواسطه پیغمبر بمسلمین رسیده دراین مدت شریعت اسلام محدود بجزیرة العرب بود پس ازآن هم باب وحی مسدود گردید در این مدت هم رابطه بین مسلمین و کشورهائیکه ازمدنیت وقوانین روم‌قدیم متأثر بودند نبود مواردی‌هم که بنظرمدعیان تأثردرقوانین اسلام بقوانین رومی شباهت دارد بعضی‌ازآنها اصول مسلمه ایست که‌جمیع‌قوانین وشرایع درآن شریك هستند وبعضی دیگرمانندقاعده بینه تاریخ‌تشریع آن مقدم برارتباط مسلمین بامدنیت وقوانین رومی است .

زیرا قاعده مزبوردراسلام‌مستند بحدیث شریف البینة علی المدعی والیمین علی من آنکرمیباشد این حدیث نبوی است وبرتاریخ فتوحات اسلام مقدم میباشد.

ولی‌آنچه ازتواریخ استفاده میشود هنگامیکه مسلمین بر کشور های روم

وایران تسلط یافتند مقررات محلی آنها بر فقهای اسلام عرضه میشد چنانچه باقواعد کلی فقه منطبق بود تأیید میکردند واگر قابل انطباق نبود مردوداعلام میشد .

دکتر صبحی محمصانی که ازمخالفین جدی تأثر شریعت اسلام از قوانین رومی میباشد در کتاب فلسفه التشریع فی الاسلام پس از رد ادله مدعیان تاثر میگوید مدعیان دلیل کافی بر مدعای خودندارند وامثله که ذکر کردند ازقبیل قاعده بینه وقواعد بیع واجاره بفرض صحت درمقابل تفاوتها واختلافاتیکه بین دوقانون روم قدیم وشریعت اسلام موجود است قابل تمثل واستناد نیست وآنچه نظر محقق را جلب میکند همان اختلافات وامتیازات بی شماری است که قوانین اسلام نسبت بقوانین روم دارد اینك بنقل قسمتی ازامتیازات اکتفا میشود .

## زن درحقوق رومی استقلال قضائی ندارد

یکی ازامتیازات قابل توجهی که شریعت اسلام با قوانیق رومی دارد اهلیت زن است زن درقوانین رومی استقلال قضائی ومالی ندارد ودائماً اعم ازاینکه در خانه پدر یاشوهر باشد تحت قیمومیت وولایت میباشد طبق قوانین رومی زن قبل ازازدواج مستقلا حق تصرف دراموالش را بدون اجازه پدر یاحاکم ندار وپس از ازدواج هم تحت قیمومیت شوهر قرار میگیرد تصرفات اودر اموالش باید باجازه شوهر یاحاکم باشد این اصل رومی تااواخر قرن نوزدهم میلادی درقوانین غربی که متخذ ازقوانین روم قدیم میباشد مانند قانون مدنی فرانسه معروف بقانون ناپلئون که اساس وپایه بیشتر قوانین غربی است حکومت میکرد طبق این قانون زن اهلیت تصرف در اموالش را نداشت .

تاسال ۱۹۰۷ میلادی که موادی ازقانون مدنی فرانسه اصلاح شد بزنان شوهر دار نسبت باموالی که بعدازازدواج شخصاً کسب میکند اجازه تصرف ومعامله بدون اجازه شوهر داده شد لکن قانون عدم اهلیت زن درسایر اموالش تاسال ۱۹۳۸ میلادی بقوت

خود باقی بود دراین سال انتقادات نویسندگان و پافشاری علمای حقوق نتیجه بخشید وقانون عدم اهلیت زن در فرانسه بطور کلی ملغی شد وزن نسبت بتصرفات مالی خود مجاز گردید قانون عدم اهلیت زن درایطالیا تاسال ۱۹۱۹ بقوت خود باقی بود و پس از آن ملغی شد درسایر ممالکی که از قانون روم متاثر بودند بتدریج قانون عدم اهلیت زن تا اواخر قرن نوزدهم میلادی ملغی شد عجب آنکه قانون عدم اهلیت در کشور انگلستان هم که چندان متاثر ازقوانین روم قدیم نیست تااواخر قرن نوزدهم میلادی حکومت میکرد وپس از آن ملغی شد .

## درشریعت اسلام زن ازبدو تکلیف دارای استقلال قضائی است

پس از آنکه حقوق زن در قانون روم قدیم وقوانین رومی الاصل معلوم وملاحظه شد که وضع زن تااواخر قرن نوزدهم میلادی درملل را قبه‌دنیا مانند فرانسه انگلیس ایطالیا چگونه بوده‌است بی‌مناسبت نیست اصولاقبل ازورود باصل مطلب که حقوق وشخصیت زن درشریعت اسلام است شمه‌ازوضع زن دراجتماعات اولیه تاهنگام طلوع اسلام بیان شود تابهتر پی بعظمت فروغ تابناك قرآن وشریعت اسلام برده شود .

آنچه از تواریخ مستفاد میشود زن دراجتماعات اولیهٔ استقلالی درجامعه انسانی نداشته واصولا حقی برای اوقائل نبودند چنانچه هنوزهم آثار آن دربعضی اقوام و ملل وحشی مشاهده میشود .

زن تادرخانه پدر یایکی از اولیای خودبود ملك خالص مرد بود مالك چیزی نبود حتی زر وزیور اختصاصی وی نیز تعلق برئیس خانواده داشت زن بعنوان بخشش وقرض وعاریه مانند حیوانات استثمار شده بین مردم مبادله میشد .

در مراحل بعدی در میان ملل متمدنه که دارای قوانین وشرایعی بودند مانند شریعت حمورابی در بابل وقوانین روم قدیم ومصر وچین وایران باستان بااینکه در

این قوانین راجع بحقوق زن اختلافات زیادی موجودبودقدرجامعی بین آنها وجود داشت وآن تصدیق حقوق برای زن درجامعهٔانسانی بود لکن زن را یك انسان ضعیف کدقادربااداره چرخ زندگانی خودنیست میدانستندولذا چنانچه درقوانین رومی الاصل ملاحظه شد زن درجامعه انسانی همواره تحت قیمومیت وولایت مرد قرار داشت و همواره چه درخانه پدر وچه در خانه شوهر میبایست درحال تبعیت روزگارخود را بگذراند وبهره از استقلال نداشته باشد تادرقرن نوزدهم میلادی هم در دنیای متمدن غرب بزن باهمین نظر مینگریستند ومقررات درباره آنها بعنوان یکفرد محجور حکومت میکرد .

هنگامیکه اسلام ازافق نیلگون جهان درچهارده قرن پیش یعنی درسال ۶۰۹ میلادی با فروغ درخشان خود جهانرا روشنائی داد و دنیا بدو قسمت متمایز منقسم بود .

یك قسمت از دنیارا کشورهای متمدن مانند امپراطورروم و شاهنشاهی ایران وکشورهای مصر و هندوچین وحبشه تشکیل میداد قسمت دیگر ازملل غیرمتمدن مانند اکثراهالی افریقا و تمام جزیرة العرب که محیط خصوصی اسلام بود .

درمیان ملل متمدن بطوریکه گفته شد زن آزادی و استقلال درعمل نداشت و ازمزایای عمومی اجتماع محروم بود ارث نمیبرد عملش احترام نداشت در ازدواج وطلاق و اقسام معاشرت و تصرف دراموال خود آزاد نبود ناچارازتبعیت اراده مرد بود ولایت مرد کاملا دراو حکومت میکرد

اما زن درملل غیرمتمدن ازجمله محیط خصوصی اسلام یعنی جزیرة العرب هنوز مراحل اولیه را میپیمود زن در این اجتماعات درصف حیوانات استثمار شده قرارداشت بارمیکشید و صید میکردخدمت مردان تربیت بچگان‌وپرستاری مریضها را مینمودآتش شهوت‌مردرا خاموش‌میکرد حتی گاهی‌درقحطی‌ها ومیهمانیهای‌مجلل باگوشت او تغذیه میکردند درمحیط جزیرة العرب که کاملا اخلاق بدویت رسوخ

داشت اساساً وجود زن دریك فامیل عـار بود از دختران نفرت داشتند حتی قبیله نبی تیمیم آنهارازنده بگورمیکردنه وباین‌عمل‌خود مباهات‌مینمودند بهمین‌موضوع آیه شریفه اشاره فرموده که**اذا بشراحدهم بالانثی ظل وجهه مسودا و هو کظیم یتواری‌من القوم من سوءبشر به ایمسکه علی هون ام یدسه فی‌التراب الاساء مایحکمون** سوره نحل آیه ۵۹ .

یعنی چون بیکی از آنها مژده دهند بولادت دختری ازشدت غم رخسارش‌سیاه و سخت دلتنك میشود و روی ازقوم خود پنهان میکند و بفکرمیافتد که آندخترزا با ذلت و خاری نگاهدارد یا زنده بگور کند این مردم درباره دختران چه بسیاربد حکومت میکنند .

حال زن دراجتماعات‌متمدن‌وغیرمتمدن هنگام طلوع اسلام‌این بود که بطور اختصارتوصیف شددرچنین محیطی شریعت‌اسلام آزادی کامل‌زن‌را درردیف مرداعلام فرمود و زن را عضو کامل جامعه انسانیت قرارداد و درجمیع شئون زندگانی مانند مردان‌استقلال قضائی‌واجتماعی‌بوی‌بخشید دراسلام مرد هیچگونه ولایت وقیمومیت و تحکمی برزن ندارد چنانچه خدا در قرآن مجید میفرماید .

**انـا لانضیع عمل عامل منکم ذکرا اوانثی بعضکم من بعض .**

عمل هیچ فردی ازافراد انسانی پیش خـدای متعال تباه نیست زیرا بمنطق اسلام انسانیت یکنوع واحد ممتازاست مرد و زن ازجهت انسانیت متساوی‌ومشترك میباشد ودرجمیع حقوق انسانی با السویه برخوردارمیباشند چنانچه خداونددرقرآن مجید که مصدراساسی تشریع اسلامی است خطاب بمردم کرده میفرماید . **یاایهـا الناس انا خلقناکم من ذکرو انثی وجلعناکم شعوبا و قبائل ان اکرمکم عندالله اتقاکم .**

ای مردم شمارا از مرد وزن آفریدیم و بشعب و قبایل تقسیم کردیم و برای افراد بشرامتیازی قرارندادیم گرامی‌ترین افراد انسانی پیش‌خداپرهیز کارانند.

روی همین اصل درشرع اسلام زن مانند مرد جزء کامل جامعه انسانی قرار گرفته وهردوبطور تساوی دارای آزادی اراده ودرعمل مستقل میباشند وزن‌هم‌مانند مرداز‌بدو تکلیف اهلیت هر گونه تصرف دراموال خود را دارا میباشند و در جمیع شئون مختلفه‌زندگی وامتیازات اجتماعی ازمردعقب‌تر نمیباشد .

اسلام همان حقوقی را که‌در قرن‌نوزدهم‌میلادی ملل‌مترقی دنیا مانندفرانسه و انگلستان بزن اعطاء کردند دراوایل قرن ششم میلادی با مزایای بیشتری بزن عطا کرده .

لکن چون‌زن‌مظهر مهروعاطفه است‌درسه موضوع که باتعقل محض سروکار داردودرشرع اسلام زمام این امور بدست تعقل سپرده‌شده و ازمحیط عاطفه بدوراست دخالت‌زن‌رادرآن امورممنوع فرموده وآن‌موضوعات عبارت از حکومت و قضاوت و جهاد میباشد آنچه از سنن اسلامی مستفاد میشود زن نمی‌تواند درجامعه اسلامی زمام حکومت وولایت‌امر رابدست بگیرد و همچنین نمیتواند بمسند قضاوت جلوس کند ومستقیما درجهادوقتال‌شرکت کند زیرااین امورمستقیما با روح تعقل‌سروکار دارند وباروح عواطف واحساسات سازگارنیستند .

قابل تردید نیست که روح عاطفه واحساس زن بروح تعقل اوغالب است‌زیرا درهمه‌احوال‌واعمال‌زن مظهرانواع‌عواطف‌واحساسات نفرولطیف میباشدهمانطوریکه مرد برحسب طبیعت درنقطه مقابل اوقرار گرفته .

**اومن ینشوء فی الحلیه وهوفی الخصام مبین** کسیکه درزندگانی میان زن‌وزیور پرورش یافته درهنگام مخاصمه طبعاً نمیتواند مقاصد حقیقی خودرا اظهار کند چگونه میشود رشته تدبیراموررا بدست بگیرد بنا براین بحکم قرآن وسنت وادله عقلیه درشریعت اسلام زن درجمیع شئون اجتماعی باستثنای آنچه ذکر شد بامرد شریك میباشد وامتیازی بین زن ومرد نیست وازاینجهت شریعت اسلام‌سیزده قرن برقوانین اروپائی مقدم است وبهیچ وجه تصورنمیشود چنین شریعتی متأثر از

قوانین روم باشد .

## اختلاف دوم

ازامتیازات شریعت اسلام باقوانین روم قدیم آنستکه دراسلام مهریه ازطرف زوج بزوجه‌داده میشود لکن در قوانین روم مهریه را زن بمرد یا یکی از اصول آن میدهد .

سوم ازامتیازات آنستکه دراصول محاکمات وانعقاد عقود قانون رومانی تشریفات ظاهری را معتبر میداند لکن اسلام عقود وقرار داد ها را تابع اراده و قصد میداند .

چهارم آنکه حواله دین درقوانین رومان قدیم جائز نیست و در قوانین اسلام جائزاست نظایراین امتیازات بین قوانین رومان قدیم وشریعت اسلامی زیاداست که بواسطه رعایت اختصاربنقل قسمتی ازآنها اکتفا شد .

## شباهت دوقانون دلیل اقتباس نیست

بطور کلی شباهت بین دوقانون‌را نمیتوان دلیل اقتباس قانون متاخر ازقانون مقدم دانست بلکه باید درشباهت بین اصول وکلیات قوانین بافروع ومسائل جزئی فرق گذاشت .

زیرا یك سلسله ازکلیات واصول مسلمه ایست که درجمیع ملل واقوام ثابت است ولازمه بقای هراجتماعی است مانند اصل تعامل ونکاح وحرمت قتل وسرقت‌و امثال اینها دراینصورت تمام اقوام وملل دراین اصول ثابته شریك ومشابه‌میباشند این نوع ازشباهت تحقیقاً حاکی ازاقتباس واتخاذ قانونی از قانون دیگر نیست .

اما احکام فروع ومسائل جزئی که پیدایش آن احکام درهراجتماعی طبق اصول مسلم وقاعده‌کلی تابع شرایط زمان ومکان است وغالباً باختلاف‌زمان و مکان

دراجتماعات احکام مزبورمتفاوت میباشد بطورکلی اگردراین احکام تشابهی بین قوانین یافت شود نمیتوان آن تشابه را دلیل اقتباس قانون متأخـر از قانون مقدم دانست زیرا بمقتضای قاعده عقلی که تشابه علل موجب تشابه نتیجه است علل و اسباب موجد قانون که همان شرائط ومقتضیات زمان ومکان واجتماع است در دو کشورمتمایزموجود بوده است وطبق قاعده عقلی احکام مسائل شبیه بیکدیگـر گردیده نظائراین احکام درممالك مختلف موجود بوده وهست درصورتیکه کسی دعوی اقتباس یکی را ازدیگری نکرده مانند قانون تبنی « که در کشور هند وروم حکومت میکرد تبنی » عبارت ازقرارداد دخول اجنبی در عائـله شخص بعنوان وارث میباشد .

علت وضع اینقانون خوف ازمردن بلا وارث میباشد در کشورهای هند وروم هر کس بدون وارث فوت میکرد اموالش متعلق بدولت بود و پس ازفوت نامی از متوفی باقی نمیماند لذا کسانی که وارثی نداشتند برای حفظ نام خود میتوانستند با قرارداد تبنی «شخصی اجنبی را درعائله خود بنام وارث داخل کنند علت وجـود این قانون دردومجتمع هند و روم مقتضیات وشرائط شبیه بـهم بود همچنین است تشابهی که درحکم بیع فضولی بین قانون انگلستان وقانون اسلام موجود است در هردوقانون بیع فضولی متوقف براجازه مالك است وهمینطوراست شباهتی کـه در قوانین اسلام بابعضی نظریات غربی درمسئلهسوء استعمال حقوق موجود استهیچ یك ازاین تشابهات دلیل اقتباس قانونی ازقانون دیگرنیست .

زیرا شرائط درمدنیت اجتماعات غالباً شبیه بیکدیگرمیباشند بنا براینسبب وجود قوانین متشابه همان شرائط متشابهی است که علت ایجاد قانون گشته دراین صورت شباهت دوقانون را دردو کشوربطورکلی نمیتوان دلیلمسلم براقتباس قانونی ازقانون دیگردانست .

باتوجه باین مقدمات اگرتشابهی درقواعدکلی بامسائل فرعی وجزئی بین

قوانین اسلام وروم قدیم یافت شود آنچه ازاصول مسلمه است که مشترك بین جمیع ملل واجتماعات میباشد قابل استناد برای اقتباس نمیباشد ومشباهتی هم که در مسائل جزئی وفرعی مشاهده شود مبتنی بر تشابه علل واسباب موجد قانون است .

بنا بمراتب مزبورمدعیان اقتباس شریعت اسلام ازقوانین روم سخت دراشتباه میباشند واگر موادی ازقوانین روم وشرایع قبل ازاسلام درمقررات اسلامی یـافت شود ازمواردی بوده که باتعدیلاتی مورد تأیید وتنفیذ اسلام قـرار گرفته لکن نـه بعنوان اقتباس بلکه ازباب اینکه عرف وعادت ومقررات مزبـورمبایـن با کتاب و سنت وقواعد کلی اسلامی نبوده است ازاین جهت اسلام آنرا تأیید فـرموده است .

**جمال‌الدین جمالی**

بسم الله الرحمن الرحيم

## مقدمه مؤلف

غرض از تألیف این کتاب جمع آوری مجموعهٔ ازمذاهب اسلامی درباب موجبات وعقود نیست زیرا چنین مجموعه‌ها متعدد تألیف شده بلکه مقصود من استخلاص نظریه کلی مذاهب اسلامی درباب موجبات وعقود بمنظور تطبیق با نظریه کلی درقوانین مدنی عصرحاضر دردنیای غرب میباشد.

ما مدعی نیستم که طرز تحقیقات فقهی اسلامی ازحیث اسلوب باتحقیقات و نظریات کلی حقوق غرب شباهتی دارد بلکه برعکس مبنای مسلمین در تحقیقات فقهی با آنها فرق دارد وهیچگاه فقه اسلام ازمبانی آنها پیروی نکرده چون حقوق اروپائی متخذ از حقوق روم قدیم است که فقه اسلام اصولا توجهی بآن نداشته چنانچه این مطلب را مشروحاً در کتاب **فلسفة التشریع فی الاسلام** ثابت کردم بعلاوه فقهای مسلمین دراسلوب علمی واستنباط احکام فقهی رویه مخصوص بخوددارند.

لکن این تبانی اسلوبی بین فقه اسلامی وقوانین اروپائی منافات ندارد بااینکه قوانین درجوهره واصول کلی اشتراك داشته باشند.

دراینصورت غرض من اینست که مبادی عقود وموجبات را در شریعت اسلام جمع آوری کرده بلباس اسلوب واصطلاح جدید بیرون آورم.

من منکر زحمات دانشمندانی که دراین راه مقدم برمن تحمل مشقات فراوانی

نمودند نیستم لکن آثار سابقین محصور بانطباق قوانین اسلامی با قسمتی ازقوانین دنیای غرب یامذهبی از مذاهب میباشد من برای تحقیق نظریه حقیقی اسلامی بحث درمذهبی ازمذاهب را کافی نمیدانم بنظرمن باید دائره تحقیقات در جمیع مذاهب وقوانین‌مختلفه توسعه‌یابد تانتیجه مطلوب‌ازمقایسه فقه‌اسلامی باقوانین مدنی‌جدید حاصل گردد.

علاوه درمطابقه مذاهب متعدد باقوانین جدیدمجال وسیعی‌برای تمرین‌فکر درامورحقوقی بدست میآیدچون ضمن تحقیقات باافکارتازه وبدیعی مواجه میشویم که‌احیاناً باهم‌مخالف و گاهی موافق‌میباشد تعمق دراین آراء و نظریات مخالف و موافق متضمن‌فوائد علمی وفلسفی بسیاری چون گنج فناناپذیراست که ارزش قابل توجهی دارد.

فراموش نمیکنم که درتألیف این کتاب ازلحاظ تحقیق دربعضی مسائل باچه مشکلاتی مواجه شدم دربعضی مسائل بواسطه فقدان مراجع کافی و دربعضی دیگر بواسطه‌وجودمراجع متناقض مواجه با اشکال بودم.

بسیار اتفاق میافتد که محقق مواجه بار وایات مختلف در موضوع و مذهب واحدمیشود البته‌تحقیق ازمصادر این روایات واینکه کدام یك صحیح میباشدمحتاج بزحمت زیادی‌است.

آنچه‌سبب دقت بیشترورجوع بکتب اصلی معتبر درهر یك از مذاهب میشود بخصوص در مختصرات از مراجع وجود اغلاط زیادی است که بواسطه عدم انتشار مراجع‌اصلیه یاعدم طبع آنها یاتعدد اقوالی که دریك مذهب است حاصل شده جای تاسف است که بعضی از این کتب مختصر و مغلوط بزبانهای خارجی ترجمه شده و مستشرقین هم مطالبی ازآنها نقل کرده‌اند باالنتیجه سبب گمراهی‌وتشویش اذهان بعضی نسبت‌بمقررات شریعت اسلام گردیده تنهاسبب اشکال کمی مراجع دربعضی ازمسائل‌نبود بلکه کثرت مراجع‌ایجاد زحمت‌مینمود زیرادراین موارد متتبع ناچار

است تمام آن مراجع راجمع آوری نموده وپس ازتطبیق رجوع باقدم واصح آنهانماید بواسطه همین مشکلات بود که نزدیك بود ازوصول بمقصود مأیوس شوم .

غرض ازبیان مشکلات وصرف وقتی که نمودم درتالیف این کتاب خودستائی وارزش عمل وا همیت تالیف نبود بلکه مقصود اینست که اگرخوانندگان نقصی در آن مشاهده کنند با توجه بمشکلاتی که داشتم معذورم دارند .

نیزازخوانندگان عظام تمنی دارم ازذکر بعضی مسائل بدیهی معروف درعلم حقوق وقوانین جدید یاتاریخ آن برمن خورده نگیرند زیرا برای تسهیل درتطبیق باقوانین دیگر که مقصود اساسی ماازتألیف کتاب است ناچار ازذکر آن مسائل بدیهی بودم ومنظور دیگرازذکر آن مسائل تقریب ذهن بعضی ازبرادران شرقی خودم میباشد که بطورتفصیل ازآنها آگاه نیستند میباشد .

همان کسانیکه افتخار تقدیم این کتابرا بایشان دارم .

تردیدی نیست دراینکه حکومت درمورد قانونی هنگامی صحیح است که شرایط زمان ومکانی که آن قانون در آن بوجودآمده مورد نظرقرار گیرد ولذانمیتوان شرایع گذشته را باتحولاتی که بوجودآمده بنظر حال نگریست همانطوریکه صحیح نیست قوانین امروزرابامعیارقوانین گذشته آزمایش نمود درعین حال مامعتقدیم شریعت اسلام باتمام اختلافاتی که دربعضی مسائل فرعیه در آن موجود است . اصول کلی آن صلاحیت دارد که پایه اساسی ترین نظریات کلی درجمیع التـزامات قرار گیرد و اما اختلافاتی که در بعضی مسائل فرعیه موجود است ناشی از شرایط زمان ومکان و اختلافاتی است که درطریقه استنباط فقهی فقها بوجود آمده .

بنابراین شریعت اسلام بطوریکه بعضی نادانان تصور کردند دارای جمودنیست این ادعارا ازجهت تعصب دینی نمیکنم بلکه ازآنرو میگویم که انکارحقایق ثابته علمی جائز نیست واین حقایق علمی در اثر گفتار چندنفر بی اطلاع که سرمایه علمی آنهااز شریعت اسلام بعضی ازمصادر ناقص و مغلوط میباشد درپرده نمیماند و ازبین

نمیرود این‌اشخاص باهمین مقدارسرمایه علمی دعوی معرفت دربازه شریعت اسلام نموده و مدعی هستند که امام اعظم ابوحنیفه و غیراو ازفقهای‌اسلامی مترجم حقوق رومیان‌قدیم‌میباشند و گمان‌بردند که اقتباس شرق‌ازقوانین قوانین‌عرب‌تکرارتاریخ است و از آن عقاید که ناشی از طرز تحصیلات سطی هواهای تفـانـی آنها است نتیجه میگیرند .

بخداقسم‌همین عوامل مرابتألیف این کتاب‌برانگیخت وامید دریافت نتیجه مطلوبه‌را دارم و گمان میکنم آنچه دراین کتاب نقل میشود کمتر چیزی است که اسلام‌درعلوم شرعیه باقی گذارده ازآن علوم که استحقاق قدرومنزلت رفیعی در عالم دارد وماتوفیقی الاباله .

( دکتر صبحی محمصانی )

# قسمت اول

## در تصرفات شرعی بطور کلی

## باب اول در تعریف مال

درحیات اجتماعی روابط مردم زنجیروار بهم پیوسته بسیاری ازاین روابط ناشی از تبادلات ومعاملات متنوعه بین آنها است .

تبادلات ومعاملات بطور مستقیم یا غیر مستقیم مربوط بذات شخص یا اموال شخص میباشد .

آنچه از تبادلات متعلق بذات شخص است حقوق و تکالیفی است که تابع احکام شخصیه میباشد وازموضوع بحث ما در این کتاب خارج است زیرا موضوع بحث در این کتاب قوانینی است که مربوط باموال وثروت مردم از لحاظ تصرفات قانونی وحقوق مختلفه که بر آن ثابت است میباشد بنابراین مقدمةً بحث مختصری درمعنی مال که مدار تبادلات میباشد واهم اقسام آن میکنیم .

### تعریف مال

هرچیزی که درعالم بوجود آید بآن اطلاق شیئی میشود وهرشیئی که متصف

بصفات معینه گردد بآن اطلاق مال میشود ازاین جهت شیئی اعم از مال است چون هر مالی شیئی است لکن هر شیئی مال نیست .

دراصطلاح فقهی وقانون مال تعریف شده بچیزی که ارزش تجاری داشته باشد و عقلاء درمقابل آن بذل مال نمایند لکن المجلّه مالرا تعریف کرده .

بچیزی که طبع انسان بآن مایل باشد و قابل ذخیره برای وقت حاجت بوده باشد تعریف المجله متخذ از فقه حنفی است .

بنابراین تعریف المجله شرط مالیت شیئی تمایل طبع انسانی است و بنابتعریف علمای حقوق جدید ملاك مالیت شیئی ارزش و تبادل مالی آنست و لذا چیزهائی که قابلیت تبادل مالی ندارد ولو طبع انسانی بآنها مایل باشد ازتعریف مال خارج میشود مانند جیفه دریا یاانسان آزادو بهمین معنی مال راشافعی تعریف کرده میگوید اطلاق مال نمیشود بر چیزی مگر آنکه قابل تقویم بمال باشد و متلف آن ضامن گردد .

اماتعریف المجله که ناظر بمعنی لغوی مال بوده یا بمناسبت نزدیکی مال بتمول یا ازباب تمایل طبع انسان بمال یا بهر تقدیر که بوده باشد متخذ ازفقه حنیفه است است ومقیدبقابلیت اذخار بوقت حاجت میباشد ازاین قید و شرط فقهای حنفی نتیجه

---

۱ - بنظر فقهای امامیه کلمه مال اطلاق میشود بآنچه قابل تملك است ودرمقابل آن بذل مال میشود میزان درقابلیت تملك و ارزش مال انتفاع بشر از اعیان و موجودات خارجی است درحیات اجتماعی و انفرادی او از مساکن و ملابس و مطاعم و معادن و و امثال اینها بنابراین مال و مالیت وصف اعتباری است که منتزع ازاعیان وموجودات خارجی قابل تملك میباشد و باصطلاح حکیم از معقولات ثانویه است که عروض آن ذهنی و اتصافش درخارج است زیرا قوام آن بمنشاء انتزاع آن است مثل ابوت و بنوت بنابراین هر یك از آن اعیان اختصاص بکسی پیدا کند مال و ملك او میباشد و هرآنچیزی که مورد احتیاج فردی و اجتماعی بشراست وعقلا باعتبار نفعی که از آن میبرند و بذل مال در مقابل آن میکنند اطلاق مال میشود در اینصورت خود منفعت اولی واحق است که اطلاق مال بر آن شود و همچنین حقوق مانند حق الشرب و حق خیار وحق شفعه تمامی اینها اموالند و درمقابل آنها بذل مال میشود مترجم

گرفته‌اند که منافع مانند حق سکنی مال نیست زیرا قابل ذخیره نمودن برای وقت حاجت نمیباشد و ازاین رو قاعده کلی دیگری اتخاذ نمودند که (منافع بخودی خود قابل تقویم نیست) .

ازطرفی بحکم ضرورت برخلاف قیاس استحاناً ازاین قاعده منفعت عقداجاره را استثناء نمودند و آنرا مال متقوم دانسته‌اند .

فقهای حنفی این قاعده را ازقواعد نظری می شمرند چنانچه سرخسی گفته مال بر آن چیزی اطلاق میشود که تمول بآن ثابت شود وتمول عبارت ازحیازت و ذخیره اشیاء است برای وقت حاجت و چون منافع ازامور باقیه نیست و پس از وجوداً فانی میشود قابل ذخیره نمیباشد و شایسته آن نیست که تصور تمول در آن بشود .

این تقلید نظری حنفی ها صحیح وعملی نمیباشد زیرا براین قاعده قواعد دیگری مبتنی شده که ایجاد مضیقه برای مردم نموده واز آن جمله است قاعده **الغاصب لایضمن منفعة المغصوب** یعنی غاصب ضامن منفعت مال معضوب نیست مثلا اگر کسی مالیرا غصب کند غاصب ضامن اجرت ومنافع مال معضوب در مدتی که تصرف داشته نمیباشد بارد عین یاقیمت یا مثل آن بری‌الذمه میشود .

ولذا ملاحظه میشود که شافعی یاحنفی مخالفت کرده و شرط دوم که قابلیت ازخار باشد درتعریف مال ضروری نمیداند و گفته است که منفعت مال متقوم است و متلف آن مانند متلف عین ضامن میباشد .

شافعی مال راتوصیف میکند باینکه مال اسم است برای چیزهائی که خلق شده بمصلحت فردی واجتماعی مردم یاچیزهائی که نزد ماوبرای ماماست واینکه مالیت شی بتموّل تعریف شده برای آنست که مردم منفعت را مال میدانندوباآن تجارت ومعامله می نمایند حنابله هم این قول راا ختیار کرده‌اند .

## حق باشافعی است

مختارشافعی وابن حنبل واتباع آنها صحیح است برای آنکه اوفی بحاجت مردم درحیات اجتماعی آنها واقرب بمبادی عدل وانصاف واقتصاد میباشد بدون شك همواره منافع ازعناصر رئیسه ومعتبره درتکوین قیمت اشیاء بوده و میباشد چنانچه عزالدین عبدالسلام گفته که منافع بارزترین غرض ازجمیع اموال میباشد.

وبخودی خود متقوم ومتصف بصفت مالیه میباشد.

## منافع طبق قانون عثمانی مال است

ماده ۱۴- قانون اصول محاکمات حقوقی عثمانی مال راتعریف کرده باینکه مبادله آن متعارف باشد ازاعیان ومنافع وهمچنین حقوق بطورمطلق در حکم مال متقوم است .

## منافع درقانون رومانی و قوانین جدید

منافع درقانون رومیان قدیم وقوانین جدید مال محسوب میشود و آنرا اموال غیرحسیه مینامند و با اعیان حسیه فرق دارد .

## شرایط مال متقوم

یکی ازشرایط مال متقوم اباحه انتقاع است ماده ۱۲۷ المجله مقرر داشته مال متقوم آنست که انتقاع ازآن مباح باشد دراین صورت خمروخنزیر(۱) نزدمسلمین ازاموال محسوب نمیشود چون انتقاع ازآنها دراسلام مباح وحلال نمیباشد .

---

۱- بنا برمذهب فقهای امامیه رضوان‌الله‌علیهم خمروخنزیرمتعلق بکافرذمی محترم میباشد و غاصب و متلف آنهاضامن است چنانچه شهید درشرح لمعه میفرماید خمر کافر بشرح استتارمحترم است و غاصب آن ضامن میباشداعم‌از اینکه غاصب مسلمان یا کافر باشد زیرا خمرمنسوب بکافرمال است و جائزنیست مزاحمت او ـ مترجم

در مذهب مالکی خمر و خنزیر نزد غیر مسلمین مانند اهـل ذمه که تبادل خمر و خنزیر بین آنها متعارف است ازاموال محسوب میشود و این حکم بموجب ماده ٦٤ قانون عثمانی که اشاره بآن شد تغییر کرده است .

## شروط دیگر مال

یکی ازشرایط مال متقوم قابلیت تصرف و حیازت است دراینصورت چیزهائی که قابلیت تصرف ندارند مال متقوم نمیباشد مانند هوا و خورشید و آنچه در آن است ماهی دریا قبل ازصید مال نیست لکن هنگامیکه صید شد مال متقوم میباشد در این مورد بیان خوبی در قانون رومانی شده که آنچه قابل تصرف نیست خارج از اموال است وبآنها گفته‌میشود اشیاء خارج ازثروت واشیائیکه‌قابل‌تصرف است اشیاء مملوکه نامیده میشود .

## تقسیم اموال

اموال باقسام متعددی تقسیم شده که‌آن اقسام‌باختلاف زمان مختلف است بحث در آنها مجال وسیعی لازم دارد که ازحوصله‌این کتاب خارج است لذاما اکتفا بآن اقسامی که درالمجله ذکرشده وبشرح زیراست مینمائیم .

١ـ منقول وغیرمنقول

٢ـ مقدر وغیرمقدر

٣ـ مثلیات وقیمیات

٤ـ اعیان ومنافع

## مال‌منقول وغیر منقول

ماده ١٢٨ـ المجله مال منقول را تعریف کرده باینکه قابل نقل ازمحلی

بمحل دیگر باشد بنابراین شامل میشود نقود وعروض وحیوانات ومکیلات وموزونات راوحیوانات ازاهم اموال منقوله درقدیم وحال حاضر میباشند بلکه درقدیم تنهاوسیله حمل ونقل وزراعت بوده ودرقانون رومانی حیوانات ازاشیاء پربهاء شمرده شده ودر زمان جاهلیت نزد اعراب اسب وشترازعوامل اساسی حیات اجتماعی آنها بوده حتی دراشعاروامثال بآنها تغنی میکردند باین جهت حیوانات موضوع بسیاری از احکام وضع شده میباشد ودراطراف حیوانات مسائل واقعی وفرضی بسیاری در کتب فقه ذکر شده دراین کتاب هم امثله زیادی ملاحظه خواهید کرد که ازالمجله وسایر کتب فقهی نقل خواهد شد .

## نقود

نقود نیز ازاهم اموال منقول است که همواره عنوان ثروت و واسطه مبادلات بوده ومیباشد وازبدیهیات تاریخی است که پیدایش نقود پس ازدوران تبادلات جنسی بوده زیرا دربدو امرواسطه مبادلات خود اجناس وامتعه بوده پس ازآن معادن غیر مسکوك واسطه معاملات قرارمیگرفت وسپس نقد مسکوك بوجودآمد .

## نقود بنابر تعریف المجله

نقود جمع نقد میباشد وآن عبارت ازطلا ونقره مسکوك است چنانچه درماده (۱۲۰) المجله ذکرشده ونیزدرماده ۱۳۳۹ چنین مقررشده که مسکوکات رائج از جنس نحاس عرفاً ازنقود شمرده میشود ولی طلا و نقره مسکوك مادامیکه واسطه تبادل قرارنگرفته ازعروض محسوب است .

مقررات راجع بهنقودطبعاً مربوط بزمان تألیف المجله است درحال حاضرعنوان و احکام نقود به تبعیت ازتحولات اقتصادی زمان تغییر کرده و اکنون نقوداطلاق میشود برجمیع چیزهائیکه وسیله مبادلات قرارمیگیرد نوع وجنس آن هرچه باشد

چنانچه اکنون رائج درتجارت کاغذهای رسمی طبع شده که باسامی مختلف بنام اسکناس ودینارو امثال اینها نامیده میشود و واسطه رسمی معاملات و تبادلات است

## انواع دیگر از منقولات

مکیلات و موزونات است و مراد از آنها چیزهائی است که بکیل ووزن خرید و فروش میشود و احکام آنهاخواهد آمد این قسمت ازاموال منقول است زیرا آنچه قابل نقل نیست طبعاً قابل کیل و وزن نمیباشد.

## عروض

عروض جمع عرض بسکون راء و تحریك آن میباشد و معنی لغوی آن هر چیزی سوای نفوذ است و اصطلاحــا باستثناء نفود آنچه ازحیوانــات و مکیلات و موزونات اطلاق مال بآن میشود عروض نامیده میشود. چنانچه ماده ۱۳۱ المجله مقرر داشتند

## مال غیر منقول

مال غیر منقول را باصطلاح المجله مال ثابت و باصطلاح قانون مصری‌ها عقار مینامند درهرصورت مراد آن چیزی است که نقل آن ازمحلی بمحل دیگر ممکن نباشد یا آنکه درصورت امکان نقل ملازم باتلف و خرابی و ضرر باشد مانند اشجار که بریده شود لکن ساختمان قابل نقل واشجار غیر مغروسه ازاموال منقول محسوب میباشد. ماده ۱۲۹ ـ المجله.

## اراضی

ماده ۱۳۷ ـ الجمله اراضی را بدو قسمت تقسیم کرده محدود وغیرمحدود.
اراضی محدوده آن قسمت ازاراضی است که تحدید حدود آنها ممکن باشد

و غیرمحدود اراضی وسیعی است که بواسطه وسعت آنها تحدید غیرممکن است.

این تعریف نیزقهراً متعلق بزمان تألیف المجله میباشد که وسائل تحدید و نقشه برداری دردست نبوده لکن اکنون باوسائل موجود و اجرای قانون ثبت املاك دراکثر نقاط لبنان و سوریه و معظم کشورهای راقبه تمام اراضی مساحت وتعیین حدود شده و طبق قانون و اصول فنی مربوطه به ثبت رسیده است

## بعضی اشیاء منقول تابع غیر منقول و در حکم آنست

اشیائیکه اختصاص بانتفاع املاك واراضی دارد مانند گاو کارو آلات معدّه برای زراعت گرچه ذاتاً منقول میباشند لکن قانون آنهارا درحکم غیر منقول دانسته و تابع ملك است.

قانون لبنانی سوریه مقرر داشته اشیائیکه بمنظور انتفاع از اراضی تهیه شده و لواینکه ذاتاً منقول است ولی ازلحاظ اختصاص آنها بامر زراعت درحکم غیر منقول است مشروط باینکه اشیاء وادوات مذکورو ملك متعلق بمالك واحد باشد واختصاص باستعمار یاانتفاع ازملك بنحو اعم داشته باشد مانند گاو کار یا آلات زراعیه دیگر ازقبیل خیش.

قانون اراضی وعقارات از مباحث مشکله قانونیه دربیشتر از ممالك میباشد بخصوص درقانون انگلیس و ممالکی که همواره از نظام اقطاعی برخوردار هستند معذلك اشکلال این قوانین کمتر ازاشکلال قانون رومانی وقوانین اروپائی است که متخذ از قوانین رومانی میباشند اما درشرع اسلام و قانون عثمانی قانون املاك از نظام وسط گرفته شده وهمواره ازآن تبعیت گردیده تا امروز که درمقابل قانون جدید قرار گرفته است.

## تقسیم املاك در کشورهای عربی

در کشورهای ماالملاك بطور کلی باقسام زیرمنقسم میشود.

مملوکه ـ موقوفه ـ امیریه ـ متروکه ـ موات .

مملوکه املاکی است که ملك طلق افراداست و حق هر گونه تصرفی در آن دارند عیناً ومنفعتاً وطبق قانون ثبت املاك تحدید حدودشده وبنام مالك ثبت شده است این قسمت املاکی است که واقع درمناطق معموره وساخته شده میباشد ازاین قسمت املاك اراضی قائمه براراضی جبل لبنان باید استثناء شود که تابع عـرف وعـادات محلی است .

موقوفه . املاکی است که صاحبان آنهاوقف برامور خیریه یا اولاد خود نموده اند بنحـوی که عین آن قابل تملك نیست و منافع آن طبق مقررات وقف بمصرف میرسد ،

امیریه . املاکی است که عین آن متعلق بدولت است ودرمقابل پرداخت وجهی حق تصرف باشخاص داده میشود ازقدیم باین قسم املاك رسم الطابو گفته میشده .

اراضی متروکه . بنا برتعریف المجله اراضی مجاوراراضی معموره است که اهالی آنرا بمنظورچراگاه آزاد میگذارند .

ماده /۱۲۷ واین قسم ازاراضی بردو قسم است محمیه ومرفقه اراضی مرفقه را قانون املاك تعریف کرده که اختصاص بدولت دارد ولی مردم حق استفاده ازآنرا دارند وسعت ومشخصات این قسمت ازاراضی تابع عرف وقرارداد محلی است .

اراضی محمیه اراضی است که متعلق بدولت وشهرداریها میباشد و جزء املاك عامه است .

اراضی موات . بنا برتعریف المجله اراضی غیرمعموره ایست که مالکی ندارد وچراگاه ده یا قصبه هم نمیباشد این قسم اراضی راهر کس باذن سلطان معمور نماید ملك اوخواهد بود . ماده /۱۳۷۲

ماده ۹ قانون املاك مقررداشته که هر کس بخواهد میتواند این نوع اراضی رابا رعایت شروط ونظامات دولتی اشغال وعمران نماید .

## دوم مقدرات وغیر مقدرات

اموال ازنظر تعیین مقدار وطریقه آن مختلف است بعضی اموال قابل تعیین مقدار باختلاف مقادیر وبعضی دیگر قابل تقدیر نیستند لذا مال ازاین جهت بدوقسمت دیگر تقسیم میشود مقدروغیرمقدر .

مقدرات اموالی هستند که قابل تعین بمقدار میباشند واین قسم اموال باعتبار طریقه تقدیر بچهار نوع تقسیم میشود مکیلات ـ موزونات ـ عدديات . مذروعات

سوای این انواع که ازمقدرات میباشند اموال دیگرغیرمقدر هستند :

دراینصورت مقدرات اموالی میباشند که کمیت آنها درمبادلات بیکی ازمقادیر ذکرشده تعیین میشود آنچه بکیل مبادله میشود مکیل وآنچه بوزن مبادله میشود موزون وآنچه بعدد یاذرع مبادله میشود معدود ومذروع نامیده میشود .

بعضی ازاین مقادیر اختصاص باموال منقول دارد مانند مکیل وموزون وبعضی دیگرمشترك بین منقول وغیرمنقول است مانند مذروع که منقول آن پارچه وغیر منقول زمین است کما اینکه زمین بمقیاسهای دیگر هم تعیین مساحت میشود وتعیین کمیت اموال درعرف وعادت مردم هر کشوری دارای اهمیت خاصی است و عرف هر کشوری درطریقه تعیین کمیت اموال بامقدرات متفاوت است بعضی اموال در کشوریابلدی موزون ودر کشوردیگری مکیل یا معدود است .

اززمان قدیم این ظواهر عرفی مورد ملاحظه بوده ابن حزم میگوید آنچه موزون است درشهری مکیل است درشهر دیگر و مثال میزند بعسل و روغن که در اندلس مکیل و دربغداد و کوفه موزون میباشد عرف وعادت نسبت بمقادیر درهر شهر و بلدی تأثیردارد و مختلف است باختلاف عرف بلد ودرهرشهرو کشورو هرعصری از اعصار ازمظاهر راسخه معاملات مردم بوده و میباشد مردم انگلستان که در محافظه کاری معروف میباشند قواعدعرفی قدیمی خود را درمقیاس ومقادیر اموال تا کنون

ازدست نداده‌اند بااینکه‌اعتراف دارند باینکه قاعده متریه علماً اصح و عملا انسب مع‌الوصف ازقواعد قدیمه خود تبعیت میکنند مثلا دربلاد ما ازقدیم رطل و ذرع و مد و قیراط اساس و معیار درتبادلات بود هنگامیکه بجای معیار قدیم قاعده متریه مقرر شد تامدتی مردم بین خود بمعیار و مقیاس قدیم معامله و مبادله میکردند ومدت زمانی گذشت تا بمقیاس و مقدارجدید عادت نمودند .

## قیمیات و مثلیات

بعضی اموال ازحیث قیمت و نوع بایکدیگر شباهت دارند وبعضی از حیث نوع‌وقیمت یاهردو بایکدیگر متفاوت میباشند نوع اول را اصطلاحاً مثلی ودوم را قیمتی مینامند .

## مال مثلی

ماده ۱۴۵ الجمله مال‌مثلی راتعریف کرده باینکه مثل‌اودربازاربدون تفاوت قابل‌اعتنائی‌یافت‌شود وغزالی گفته مال‌مثلی آنست که درتمام اجزاء ازحیث قیمت ومنفعت‌متساوی وشبیه‌باشند ازعددیات ومکیلات‌وموزونات‌وآنچه میشابه‌بایکدیگر هستندو اتحاد جنسی دارند داخل درمثلیات میباشند مانند گردو وتخم‌مرغ .

## مال قیمی

مال قیمی آنست که متصف بصفت یاصفات مخصوص بخودباشد وارزش آن در بلزارتابع همان‌صفت یاصفات خاصه بوده‌باشد .

المجله‌درماده ۱۴۶ قیمی (۱) را تعریف کرده باینکه مانند آن در بازار یافت نشود یا اگر یافت شود از حیث قیمت و جنس تفاوت فاحش داشته باشد مانند آثار قدیمه نادره‌وازنوع قیمی است مکیلات و موزوناتی که ازحیث جنس و قیمت تفاوت دارند و معدوداتی که بین افرادو آحاد آن ازحیث صفات خاصه و با النتیجه قیمت متفاوت باشدمانند نوع‌حیوانات‌وامثله زیادی المجله دریك ماده بیان کرده که‌فائده بذکر آنها مترتب نیست .

---

۱ ـ کلمات فقهای امامیه درتعریف مثلی و قیمی‌مختلف است و هیچ کدام از آنها درمقام بیان حد حقیقی مال مثلی و قیمی نمیباشند بلکه مقصود آنها بیان ضابطه تمیز مال مثلی و قیمی است تادر موارد ضمان رفع شك بشود .

اشهر تعاریف مثلی در کتب فقه امامیه آنستکه قیمت اجزاء آن نسبت‌بکل متساوی باشد مثلا اگرقیمت‌تمام‌آن یکصد ریال است‌قیمت نصف آن پنجاه ریال باشد و ربع‌آن بیست و پنج ریال مانند یکخروار گندم بخلاف قیمی مانند حیوان‌که اگرقیمت یکراس آن یکصد ریال باشد قیمت آن مسلماًپنجاه ریال نیست خلاصه آنکه‌مالی که برای‌هیئت اجتماعیه آن مدخلیتی درثمن باشد‌که بهمان نسبت‌اجزاء آن‌ارزش داشته باشد مثلی‌است درغیراینصورت قیمی خواهد بود نسبت باین تعریف و تعاریف دیگرایراداتی شده‌است و لذا علامه فقید شیخ محمد حسین کاشف‌الغطاء درتحریرالمجله میگوید چون درکتاب و سنت اثری ازوجود مثلی و قیمی نیست بیان معنی آنها و امتیازبین آنها چیست‌فایده ندارد زیرا ادله ضمان متعرض ما به‌الضمان نمیباشد بلکه مفادادله اشتغال ذمه متجاوزو غاصب یا متلف میباشد پس مقتضای ادله با بقاء عین و جوب رد آن و در صورت تلف رد اقرب بآن است بدیهی است‌که اقرب بمال تلف شده مثل آنست و تشخیص مثل مال تلف شده هم بسته بنظرعرف میباشد بنابراین اگرمتلف متمکن ازرد مثل باشد‌مکلف است آنرا بمضمون‌له بدهد اعم ازآنکه تحصیل آن به ثمن المثل یا کمتریا زیادتر باشدتا جائیکه موجب اجحاف نشود و دراینصورت ملحق به متعذرالمثل یا معتبرالمثل میشود و باید قیمت آنرا بدهد .

ماده ۳۱۱ قانون مدنی ایران مقررداشته غاصب باید مال مغصوب را عیناًبصاحب آن ردکند و اگرعین تلف شده باشد باید مثل یا قیمت آنرا بدهد .(مترجم)

## تقسیم اموال بمثلی و قیمی دارای اهمیت قانونی است

برای توضیح این مطلب دو مثال ازالمجله نقل میکنیم :

مثال اول- ماده ۸۹۱ مقررداشته اگرمال مغصوب درید غاصب ضایع یاتلف شود. اگرمال مغصوب مثلی بوده است مکلف است مثل آنرا بدهد و اگر قیمی بوده ملزم است درزمان و مکان غصب قیمت اوراتسلیم نماید .

مثال دوم-ماده ۱۱۱۷ مقررداشته اگرمال مشترك مثلی باشد جنبه افرازراجح است و اگر قیمی باشد جنبه مبادله رجحان دارد باین توضیح که درصورت مثلی بودن مال مشترك هریك ازشرکاء بدون اذن شریك دیگر میتواند حصه خودرا برداشت نماید و اگرمال قیمی باشد برداشت حصه هریك منوط به مبادله و تراضی طرفین یاحکم حاکم است .

## تقسیم دیگری برای مال

انقسام مال بمثلیات وقیمیات مبتنی بر تفاوت قیمت اموال است لکن اگر اموال را از لحاظ غرض انتفاعی درنظر بگیریم بدو قسمت دیگر تقسیم میشود . وآن نوع جنس است چنانچه ماده ۱۴۰ المجله مقرر داشته که جنس نزد فقها آنستکه بین افرادآن ازلحاظ غرض انتفاعی تفاوت فاحشی نباشد مثل قماش که جنسی است شامل انواع متعددومختلف مانند قماش حریرقماش نخی وسفید وقرمز

---

۱ - فقهای امامیه جائز نمیدانند هیچیك ازشرکاء بدون اجازه شریك دیگر تصرف درمال مشترك بنمایداعم ازاینکه مال مشترك مثلی یاقیمی باشد واعم ازاینکه تصرف بعنوان قسمت کردن مال مشترك یاغیر آن باشدوچنانچه شریکی ازدادن اذن امتناع نمایدرجوع بحاکم میشوددرهرصورت بدون اذن شریك یا حاکم تصرف شریك غیرماذون امتناع نمایدرجوع بحاکم میشود درهر صورت بدون اذن شریك یا حاکم تصرف شریك غیرماذون وموجب ضمان و تعیین اجرة المثل است زیرا هرشریکی درتمام اجزاء مال شرکت دارد .مترجم

وهمچنین قماش انگلیسی ژاپونی وطنی که جمیع این اقمشه بمنظور غرض ومطلوب واحد ومتقاربی است که از آن بکلمه جنس قماش تعبیر میشود لکن چون از حیث اوصاف متفاوت میباشند متفرق بانواع مختلف میشوند.

## اعیان ومنافع

اموال اصولا اشیاء محسوسی است که بحواس ظاهری درك وشناخته میشود لکن منافع چنانچه قبلا تعریف شد ازامور اعتباریه متقومه ایست که بحواس ظاهری درك نمیشود بلکه بحواس باطنی ومعنوی درك میشود وداخل در منافع است آنچه عرفاً اطلاق حق بر آن میشود ودارای ارزش اقتصادی است چنانچه ماده ٦٤ قانون اصول محاکمات حقوقی عثمانی مقرر داشته .

تحولات اقتصادی درحال حاضر منافع وحقوق جدیدی بوجود آورده که اهم آن حقوق ادبی . علمی . فنی . تجاری . صناعی میباشد درقوانین جدید جاری برای این قسمت ازحقوق اهمیت اقتصادی خاصی قائل شده‌اند وباسم ملکیت ادبی وفنی درقوانین داخلی ومعاملات بین دول نامیده میشود .

## اعیان باصطلاح فقهاء

اعیان جمیع عین است ومراد بآن شئی معین حاضر است وبعبارة المجله شئی معین مشخص میباشد مانند یکباب خانه یا یك کیسه گندم وامثال اینها وبموجب ماده ۱۵۹ المجله عین اطلاق بردین هم میشود وبنا برتعریف المجله دین آن چیزیست که برذمه ثابت ومستقر است وما درآینده معنی دیگری برای دین خواهیم کرد .

## باب دوم درموجبات والتزامات ومصادر آنها

**مقدمه :**

معاملات محدود باصول وقواعدی است که حقوق وتکالیف مردمرا نسبت

بیکدیگر تعیین میکند بنا براین حق مصلحتی‌است که بحکم شرع یاقانون استقرار یافته واجراءِ آن تضمین شده باشد .

# حقوق که جنبه مالی دارد بدو نوع تقسیم میشود

۱- حقوق عینی ۲- حقوق شخصی

حقوق عینی عبارت از حقوقی است که باالمباشره تعلق بشئی معینی داشته باشد مانند حق مالکیت که مناسبت ربط بین مالك ومملوك حق عینی نامیده میشود .

حقوق شخصی عبارت ازرابطه حقوقی‌است که بین دویاچند نفر برقرارمیشود مانند حق دائن برمدیون این حقوق راحقوق شخصی یاموجبات مینامند .

این تقسیم متخذاز قوانین رومانی‌است که قوانین لبنانی جدیدهم از آن تبعیت کرده و آن‌رامورد بحث قرارداده درقانون املاك ازحقوق عینی بحث کرده ودرقانون موجبات ازحقوق شخصی لکن درالمجله ازاین تقسیم اثری دیده نمیشود چون موضوع اساسی ما دراین کتاب بحث درحقوق شخصی است درحقوق عینی بحث مختصری بیش نمیکنیم .

## حقوق عینی (۱)

حقوق عینی بتصرف و تمتع از اعیان تعلق دارد واهم این حقوق در قانون

---

۱- فقهای امامیه وقانون مدنی ایران که متخذ ازفقه شیعه است حقوق مختلفهٔ ای که نسبت باموال حاصل میشود . بشرح زیر تعریف کرده‌اند .

حق مالکیت وحق انتفاع وحق ارتفاق ماده ۲۹ قانون مدنی چنین مقررداشته ممکن است اشخاص نسبت باموال علاقه‌های ذیل راداشته باشند ۱- حق مالکیت اعم ازعین یا منفعت ۲- حق انتفاع ۳- حق ارتفاق نسبت بملك غیر درماده ۳۰ حق مالکیت راچنین تعریف کرده هرمالکی نسبت بمایملك خودحق هرگونه تصرف وانتفاع را داردمگر درمواری که قانون استثناء کرده باشد .

رومانیها ویاقانون جدید ملکیت لبنانی عبارت ازحقوق ذیل است .

حق‌ملکیت - حق‌انتفاع - حق‌ارتفاق - وحق‌تامینی وحق‌رهن .

در سوریه و لبنان جمیع این حقوق مربوط باملاك محدوده و متساحی شده میباشد وتابع املاك ثبت شده‌است وقبل‌ازاینکه این‌حقوق دردفتراملاك طبق‌نظامات مربوط بثبت برسد بهیچ وجـه معامـلات نسبت بآنها صحیح نیست حتی بین خود متعاملین .

پس ازتوضیح وتعریف بعض این حقوق بذکر آنچه درالمجله وفقه اسلامی بجای‌حقوق نامبرده ذکرشده می‌پردازیم .

## حق ملکیت

یکی ازحقوق‌عینی حق ملکیت است واین حق ثابت است برآنچه ازاموال منقول وغیرمنقول که انسان مالك آنهامیشود وقانون ملکیت‌لبنانی سوری‌این‌حق راتعریف کرده باینکه حق‌عبارت ازاعمال حق‌درملك خود ازتمتع وتصرف درحدود قوانین ومقررات ونظامات مربوطه میباشد وکاملترین حقی که شامل مطلق‌تصرفات میشودحق ملکیت است .

قانون رومانی حق استعمال درشئی مملوك را تحلیل کرده باستثمار وتصرف درآن‌ومعنای تحلیل رومانی این است که مالك حق هرگونه تصرفات وانتفاعات درملك خود اعم ازسکونت اجاره فروش رهن‌وهبه باالاخره حتی حق تلف کردن آنرا دارد .

## حق‌انتفاع

قسم دوم ازحقوق عینی حق انتفاع است دائره این حق نسبت بحق مالکیت محدودتراست زیرامنحصر بانتفاع ازملك میباشد وتصرفات نسبت بعین برای مالك به عین باقی است .

# حق ارتفاق

سوم‌ازحقوق عینی حق‌ارتفاق‌است که عبارت ازحق‌مالك ملکی برملك‌مجاور میباشد چنانچه‌قانون ملکیت لبنانی درماده ٥٦ بهمین مضمون حق‌ارتفاق راتعریف کرده مانند عبورازخانه یازمینی برای‌مالك‌خانه یازمین مجاوراین‌نوع ازحق‌را که‌از ملکی بنفع‌ملك دیگراست حق‌ارتفاق میگویند واین حق بتغییر مالکین یایکی‌از دومالك ساقط نمیشود .

این نحوه از تقسیم درالمجله و کتب فقه اسلامی سابقه ندارد بلکه فقهای اسلامی کلمه ملك رابمعنی حق دانسته وبرای مالکیت معنی عامی قائل شده‌اند که شامل جمیع حقوق‌بحسب مراتب خودمیشود اعم ازحقوق انتفاع وسایر حقوق که ذکر شد .

دراین مورد ابن رجب گفته که مالك اعیان خالق متعال است بندگان خدا حقی سوای انتفاع‌را بمقداروحدودی که شرعاًماذون میباشند ندارند پس‌آنکسی که مالك‌عموم انتفاعات است آن‌مالك مطلق و کسیکه مالك‌نوعی ازانتفاع است‌ملکیت او محدود و مقید بهمان نوع از انواع انتفاعات‌میباشدوباسامی مستأجرو مستعیر و امثال اینها نامیده‌میشوند .

در ماده ١٢٥ المجله مصرح است باینکه ملك‌آن چیزیستکه انسان مالك او میشود اعم ازاعیان ومنافع بطوریکه ملاحظه میشود این تعریف ناظر باشیائی است که حق ملکیت بآن واقع میشود که شئی مملوك یا منفعت مملوکه بوده باشد و حال‌آنکه مقصود ما شئی مملوك ومنفعت مملوکه نیست بلکه بحث درحکم شرعی است که مترتب برمالك ومملوك است ولذا تعریفی که سیوطی از ابن السبکی نقل کرده اتم واوضح ازسایرتعاریف است وآن چنین است (ملك عبارت از حکم شرعی است برعین یامنفعت که بمقتضای آن‌حکم کسیکه نسبت ملك باوداده میشودمتمکن ازتصرفات مالکانه است .

بنا براین اگر نسبت حاصله بامملوك درعین باشدآن حق کاملی است که در بالا بیان شد وازآن تعبیر بحق‌مالکیت میشود واگر نسبت حاصله بامملوك‌درمنفعت است بهمان نسبت مالك میشود واین قسمت شامل حق انتفاع وارتفاق میباشد و از نوع‌حق‌انتفاع است حقی که دروقف بمرتزقه‌و موقوف علیهم‌داده میشود لذاموقوف علیهم میتوانند ازموقوفه بهرطریق که مقرراست بهره برداری نمایند وهم چنین‌از حقوق انتفاعی است حق سکنی واستقلال برای موصی‌له دروصیت بمنافع اماازحق ارتفاق در کتب فقه اسلامی بمرافق یاحقوق تنها نام برده شده مانند حق الشرب و حق المرورو‌حق المسیل این حقوق‌راالمجله درمواد ۱۲۶۲ و۱۴۲ و ۱٤٤ تعریف کرده که حق‌الشرب سهم معین معلوم ازنهریا انتفاع ازنهراست .

برای مشروب نمودن حیوانات یازراعت وحق المرور‌حق مرورازملکی‌بملك دیگراست وحق المسیل حق جریان سیل ازنهریا ملکی میباشد و بعبارت سرخسی عبارت ازجریان‌آب است از ملکی بملك دیگر ملك گاهی فردی است و اختصاص بشخص‌وفرد معینی دارد و گاهی مشترك بین افراد متعدد میباشد قسم اول مفروزو قسم دوم اصطلاحاً مشاع است .

## تعریف مشاع

مشاع‌آن ملکی‌است که شامل‌حصص وسهام متعدد باشد وسهام مزبور جریان درتمام اجزاءآن بنحواشاعه داشته باشد .

مادتین ۱۳۸ و۱۳۹ المجله

## ملك عین بمعنی کامل

عبارت است ازاینکه مالك قادربجمیع آنچه امکان انتفاع دارد ازملك خود باشد رومانیان قدیم گفته‌اند کسیکه مالك‌زمینی است ازرمین تا آسمان ملك‌اواست

ماده ۱۱۱۹ المجله بهمین مضمون ملك را تعریف کرده باینکه مالك زمین حق هرگونه تصرف را درملك خود دارد یعنی حق دارد احداث بنا بهر مقدار از ارتفاع که بخواهد بنماید و تصرفات تحت الارضی را تا هر مقدار ازعمق که بخواهد حق دارد حاصل آنکه حق ملکیت حقی است مطلق و مالك آن حق انتفاع ازملك خودرا بانواع انتفاعات درحدود رعایت قوانین و نظامات دارد بعبارت دیگر ملکیت عین اصولا مطلق و بدون قید وشرط است لکن دراطلاق مزبور قیود استثنائی هم هست که عبارت ازموارد آتیه میباشد .

اول تعارض باحق غیر چنانچه تصرفات مالك در ملك خود معارض با حق غیر باشد در مورد تعارض تصرفات مالك محدود میباشد و بعبارة المجله درماده ۱۱۹۲ هر کس حق انتفاع و انواع تصرفات مالکانه را در ملك خود دارد لکن اگر ملك مزبور متعلق حق غیر قرار گیرد مانع ازاستقلال مالك درتصرفات او خواهد بود مثلا اگر کسی درملك مجاور حق عبور داشته باشد صاحب ملك مجاور حق ندارد در ملك خود بنائی بکند که راه صاحب حق عبور را مسدود نماید و همچنین کسیکه احداث بناء درملك خود مینماید حق ندارد تصرف در فضای ملك دیگری کند مثلا آب ریز ناودان یا بالکن عمارت خود را درملك دیگری قراردهد دراینصورت مالك مجاور حق قطع و جلوگیری ازآنرا دارد .

دوم آنکه تصرفات مالك مخالف با قوانین و نظامات عمومی نباشد زیرا قوانین و نظاماتی که ازطرف دولت بمصلحت عموم وضع میشود گاهی حریت مالك را در تصرفات مالکانه مقید و محدود میکند این محدودیت تابع اصل کلی جواز تحمل ضرر خاص برای دفع ضرر عام است درماده ۲۶ المجله امثله این قسمت ازنظامات بسیاراست من جمله جواز استملاك دولت یا شهرداری تمام یا قسمتی ازاراضی و املاك اشخاص را برای توسعه معابر و شوارع یا بجهت مصالح اجتماعی و نوعی و ازاین قبیل است نظامات ابنیه چنانچه ماده ٦٦ قانون ملکیت مقرر داشته که جائز نیست ملك اشرافاتی مانند طاق نما دریچه وامثال اینها برملك همسایه بنا نماید اعم

ازاینکه ملك مجاورمحصوریا غیر محصور باشد مگرآنکه فاصله دیوار ساختمان با ملك مجاوردومترباشد یا آنکه منفذ درارتفاع دو مترو نیم باشد

سوم ازمواردی که حریت مالکانه محدود میشود سوء استعمال حق‌است .

راجع بنظریه سوءاستعمال حق درالمجله وبعض‌مذاهب اسلامی قیودی‌هست که بحث تفصیلی آن درمحل خودش خواهدآمد .

دراینجا اکتفا بنقل منشاء این نظریه درالمجله مینمائیم ۱۱۹۷ المجله‌مقرر داشته که هیچ کس رانمیتوان ازتصرفات‌مالکانه خود منع کرد مگرآنکه‌تصرفات او سبب ضرر فاحش برای غیر گردد اینك می پـردازیم بتوضیح حقوق شخصی یاموجبات.

## معنی‌موجب والتزام

وَجب بمعنی لزم است وجب عقد البیع یعنی لزم عقد البیع وازمـختصات وجب است اوجب واسم فاعل واسم مفعول ازاین باب موجب بکسرجیـم و فتح آن میباشد وجمع آن مواجب وموجبات است .

پس موجب بکسرلغة بمعنی باعث است یا اسم است برای ماه محرم نـزد قدماء وموجب بفتح باصطلاح نجاة آن کلامی است که دارای ادات نفی و نهـی و استفهام نباشد اما دراصطلاح شرعی موجب بکسرجیم درسه مورد استعمال میشود .

اول استعمال میشود درآن طرفی ازمتعاقدین که معامله را بطرف دیگـــر عرضه میکند دراین صورت ایجاب کلامی‌است که صادرمیشود ازیك طرف‌متعاقدین بمنظورعرضه معامله تا پس ازقبول طرف بشرط ربط ایجاب بقبول معاملـه منعقد گـردد .

وجه تسمیه این کلام بایجاب آنست که موجب جواز تصرف خریدار است در مورد معامله چنانچه المجله درماده۱۰۱ تصریح کرده .

دوم کلمه موجب باصطلاح شرعی استعمال میشود درسبب اشتغال ذمه مانند اتلاف چنانچه گفته میشود موجب ضمان است ومعنی ضمان وجوب رد شئی یابدل آن بمثل یاقیمت است وبعبارة دیگر موجب مصدرالتزام ناشی از اتلاف و نظایر آن میباشد .

سوم استعمال میشود کلمه موجب دراصطلاح حقوقی باثر حاصله ازعقدچنانچه گفته میشود موجب عقد بیع صحیح انتقال مبیع است بمشتری وثمن ببایع وامثال این اثرات حاصله ازعقود .

اطلاق موجب براثر حاصله ازعقد برای آن است که موجب ترتیب اثرقانونی برعقد است باین اثر حکم شرعی واصطلاحاً اقتضا هم میگویند درصورتیکه عقد صحیح باشد لکن درصورتی که عقد باطل باشد اطلاق اقتضا معنی ندارد بلکه همان کلمه موجب استعمال میشودمثل اینکه گفته میشود شرط خلاف مقتضای عقدموجب بطلان عقد است .

اخیراً کلمه موجب بکسر یافتح جیم درقانون موجبات وعقود لبنانی برمعنی چهارمی اطلاق میشود و آن عبارت ازحق شخصی است که بین دو یاچند نفربسبی از اسباب قانونی برقرار میشود که بموجب آن سبب قانونی یکی از طرفین درمقابل دیگری ملزم باداء دینی یاانجام عملی یاامتناع ازعملی میشود .

باین رابطه حقوقی که بآن حق شخصی اطلاق میشود ازطرف دائن موجب یاواجب گفته میشود از طرف مدیون رابطه مزبور چنانچه تفصیل آن خواهدآمد ناشی ازعقود یاجرائم موجب ضمان یاامثال اینها خواهدبود .

## عناصر موجب

عناصر موجب از اشخاص دوطرف میباشد طرف اول بدهکار یا بدهکاران دوم طلبکار یا طلبکاران پس ازآن رابط قانونی بین دوطرف وسپس موضوع معامله که

عبارت ازپرداخت دین یااجراء عمل یاامتناع ازانجام عمل معین میباشد بنابمراتب فوق موجبات باصطلاح جدید منقسم بانواع ذیل‌میشود .

اول‌موجب اداء که مرادپرداخت مبلغی ازنقود یامالی ازمثلیات یاانشاءحق عینی است .

دوم موجب‌تسلیم مانندتسلیم مبیع واجب بربایع درعقدبیع .

سوم موجب عمل‌است که موضوع آن‌تعهد شخصی است درمقابل دیگری از قبیل حمل‌بار یاخیاطت لباس یاانجام‌خدمت ونظائر اینها .

چهارم موجب سلبی یا امتناع است مثل اینکه در مقابل تاجـر دیگر تعهد خودداری ازمعامله خاصی کرده‌باشددراینصورت تاجراول بمقتضای‌تعهدی که کرده ملزم بخودداری ازانجام معامله مزبور میباشد .

## مبنای‌معنی چهارم ازموجب دراصطلاح

قانون موجبات وعقود لبنانی متخذ ازقانون رومیان قدیم است.

تعریفی که ازموجب شد مبنای آن‌درقانون رومیان قدیم است .

بوستنانوس در کتاب الاحکام موجب را چنین تعریف کرده (موجب آن رابطه قانونی است که اثرحاصله ازآن اداء شئی است بدیگری بمقتضای قوانین مدنی).

دراین تعریف بوستینانوس متذکرموجب اداء شده لکن ازموجب دیگر که امتناع ازعملی باشد اسمی نبرده ولی تعریف دیگری که یکی ازعلمای حقوق‌قرن سوم میلادی بنام بولس نموده که در کتاب مدونة الاجتهاد نقـل شده آن تعـریف تمام است .

## قوانین اروپا

دربیشترازقوانین اروپائی تعریفی ازموجب نشده حتی درقانون ناپلئون که قانون مدنی فرانسه میباشد سوای آنچه درماده ۱۱۰۱ ذکرشده چیزی دیده نمیشود

ولی متأخرین این نقص را مرتفع کردند در کتب قانونی فرانسه بعبارات مختلفه ازلحاظ معنا ومبنا تعاریف متعددی ازموجب نموده‌اند که‌این کتاب‌وسعت بیان‌تمامی آنهارا ندارداما تازه‌ترین تعریفی که استاد رسراندفرانسوی در مؤلفات خود کرده و همان تعریف در قانون موجبات و عقود لبنانی بصورت قانون در آمده بشرح زیر است .

موجب آن رابطه حقوقی است که قرارمیدهد شخص یااشخاص حقیقی یا معنوی رابصفت مدیون درمقابل شخص یااشخاصی بصفت دائن .

استعمال کلمه موجب باصطلاح قوانین جدید ضررندارد بشرط آنکه متبادراز کلمه موجب باصطلاح فقهی عربی معنی دیگری نباشد .

اما معنی موجب باصطلاح قدیم اثرقانونی است که مترتب برامری میشود معنی مزبورشامل موجب بمعنی جدید باعتباری میشود وشامل بطلان یاحکم‌شرعی باعتباردیگرنیزمیشود .

و در هرصورت استعمال کلمه موجب باصطلاح جدید ازاستعمال کلمه تعهد که قانون مدنی مصردرماده ۹ نموده بهتراست.زیرا ازکلمه تعهد معنی تعاقد تنها فهمیده میشود و حال آنکه منظورما اعم‌ازتعاقد و سایرموجبات‌است‌لذا بعضی مؤلفین‌مصری مانند استاد فتحی زغلول‌ودکترعبدالرزاق واحمد و بعضی دیگرعلمای‌حقوق‌بجای کلمه‌موجب‌التزام‌ذکر کردند و بطوریکه ملاحظه‌میشود المجله درتعریف عقدبجای تعهدالتزام‌استعمال نموده‌کلمه‌التزام درعرف علمای حقوق‌اصطلاح‌قضائی دائری‌است که مقصود ازآن درقرار دادهای رسمی تعهداست که‌ازهمین‌اصطلاح عمومی پیروی کرده قانون‌لبنانی درماده ٦٥٧ و التزام درقراردادهای‌رسمی را مرادف با عقداجاره صناعیه قرار داده‌اند با این وصف گـرچه ازکلمه التزام هم زائدبر معنی تعاقد معانی‌دیگرهم‌مستفاد میشود ولی‌مانعی‌نداردلغته‌یااصطلاحاً دلالت برباقی انواع حقوق شخصیه مختلفه که درذمه فردی‌درمقابل دیگری ثابت میشود بنماید .

## اصطلاحات دیگر

اگر بخواهیم موجب و التزام بمعنی حق شخصی را باصطلاح قوانین جدید یا اصطلاحات فقه اسلامی که نزدیك باین معنی باشد تطبیق نمائیم درعلم اصول‌فقه اصطلاح واجب محدود ودرعلم فقه‌اصطلاح‌دین‌وضمان‌نزدیك بمعنی‌موجب‌اصطلاحی قوانین جدید است علمای اصول فقه اسلامی بحثی درواجبات وحقوق دارند دراین مبحث اراء و نظریات پرقیمتی است درمبحث مزبورواجبات وحقوق بدو قسم‌منقسم شده محدود و غیرمحدود .

## واجبات غیر محدود

واجبات غیرمحدود عبارت ازتکالیف و واجبات‌اخلاقی است که قانوناً برذمه انسان نیست بلکه اخلاقاً لازم است مانند صدقات مطلقه و اصلاح ذات البین و بر آوردن حاجات محتاجین و نجات مظلوم وجهاد و امربمعروف و نهی ازمنکر .

## واجبات محدود

واجبات محدود عبارت ازتکالیف وحقوقی است که برذمه مکلف بطور لزوم مستقراست واین قسم ازواجبات بردوقسم است .

قسم اول حق‌الله است مانند نماز وروزه وحج .

قسم‌دوم‌حق‌الناس‌است‌یعنی حقوقی که‌افراد برذمه یکدیگر بموجب‌قانون‌دارند وتا اداء آن ذمه مکلف مشغول است مانند ثمن مبیع بر ذمـه مشتری و بهای متلفات برذمه متلف ونظائراینها .

نوع دوم ازواجب محدوددرفقه اسلامی همان موجب بمعنی حق شخصی‌است که‌مورد بحث ما میباشد دراصطلاح فقهای اسلام‌کلمه دین بمعنی عام بجای‌موجب یاحق شخصی باصطلاح‌قوانین جدید است مراد ازدین آن چیزیستکه درذمه‌استقرار

میباید مانند مبلغی در ذمه شخص ومافی الذمه درخارج موجود نیست بلکه بنحو کلّی میباشد

تعریف دیگری قدسی در کتاب حاوی ازدین کرده که شبیه بتعریف المجله است لکن واضح تر از تعریف المجله میباشد گفته دین عبارت ازمال حکمی است که حادث میشود درذمه شخص بسبب بیع یا استهلاك یا غیر اینها دراین صورت سبب دین منحصر بعقود نیست بلکه بهرسببی که درذمه استقرار یابد اعم ازعقد یااسباب دیگر و باین معنی عام کلمه دین درقر آن مجید استعمال شده **من بعد وصیة یوصی بها او دین** حاصل آنکه کلمه دین دراصطلاح فقهای اسلامی وموجب در اصطلاح قوانین جدید قریب بیکدیگر میباشند ازلحاظ معنی واین معنی را تأییدمیکند تعریف موجب در قانون لبنانی زیرا باشخاص مرتبطین دائنون ومدینون اطلاق کرده و این دو لغت مشتق ازدین میباشند .

## موجب ودین مرادف نمیباشد

لکن نمیتوان موجب راباصطلاح قوانین جدید بادین باصطلاح فقهای اسلامی مرادف دانست زیرا موجب در اصطلاح جدید استعمال میشود در معنی اعم از دین اصطلاحی فقهاء همانطوریکه گفته شد دین مال حکمی است که درذمه استقرار یافته وبعبارت دیگر دین موجب ردنقود یااموال مثلیه است که قابلیت استقرار درذمه را دارد و شامل موجبات دیگر در اصطلاح جدید نمیشود مانند موجب عمل وامتناع دراین صورت کلمه دین تنها کافی نیست که بجای موجب والتزام استعمال شود .

## کلیات

بحث درموجبات والتزامات ازاهم متروکات رومانیان قدیم درمباحث قانونی است زیرا مشتمل برقسمت مهمی ازقواعد ثابته ومعاملات میباشد این مبحث فوائد مهم و عملی بسیاری دربردارد چون پایه و اساس تمام تفصیلات فرعیه دراین مبحث

تحقیق میشود باین توضیح که موجبات مختلفه اعم از عقود یاجرائم مدنیه مانند غصب واتلاف ونظائر اینهاازمصادر ضمان و همچنین موجبات نفوذ وسقوط درنتیجه باهمشباهت دارند وسبب تشابه آن است که نتیجه جمیع این موجبات ومصادر اثر قانونی واحدی است که رابطه حقوقی حاصله بین افراد میباشد همان رابطه که در معنیموجب بحث وتوصیف شد و تعبیرازآن بموجب والتزام میشودشکی نیست در اینکه تحقیقتماماینمصادردرمبحث واحد موجب تسهیل فهم وتوضیح مقاصدی است کهسببتشریع ووضع اینقواعدوقوانینشده وپرواضحاست کهاتخاذاینرویه مانعاز تکرار قواعد وضوابطی است که شامل جمیع مصادر وموجبات میباشد واگرهریك ازمصادر در مبحثی جداگانه موردبحث و تحقیق قرار گیرد ناچار از تکرار قواعد کلی درهرمبحث خواهیمبود .

متأسفانه المجله وسایر کتب فقه اسلامی که ما ازآنها نقل میکنیم باین رویه عملنکرده وموجبات رادر ابوابمختلفه فقهمورد بحث وتحقیق قرارداده وهریك ازمصادر درمبحثی جداگانه بیان شده حتی بعضی از مصادردر کتب اصول فقه مورد بحث قرار گرفته چون فقهاسلامی ازبحث علمی کهمولود افکار بشریاست بوجود نیامده بلکه حوادث وقضایای عملی تدریجاً بمرور ایام سبب نزول آیات و احکام قرآن وسنّت قولیوفعلیوتقریری گشته وهمین اسباب نزول احکام است کهمیدان اجتهاد وباب قیاس واستدلال واستحسان رابازنموده وازآن مبادی عامهوقواعد کلیه بوجود آمده بنابراین قضایای عملی درفقه اسلامی سبقت دارد برتاسیس مبادی و قواعد وپیدایشحوادث موردحکم درقوانین اسلام مبتنی برنظریات وافکارشخصی نبوده تا باسلوب علمی تدوین شود بلکه مبنایوجودی آن حوادث و وقایع جزئیه است کهبعرض شارع مقدس میرسیده وسببنزول حکمی میگردیده وازآن پسحکم حوادث واقعه رافقهای اسلام هریك بنابرطریقه خاصخود ازادله استنباطمینمودند.

قوانین انگلستان همتبعیت ازرویه وتحلیل رومانی نکرده زیرامبنایقوانین قضائی آنکشور نیزارائی است که برحوادث واقعهتعلق گرفته ولذاقوانینانگلیسی

چندان متأثر ازقوانین رومانی نمیباشد برخلاف سایر کشورهای اروپائی واین‌خود کاشف ، است که فقه اسلامی اولی بهیچ وجه از قوانین متأثر نشده چنانچه در جای دیگر تفصیلا این‌مطلب ثابت‌شده .

## مصادرِ التزام و موجبات

مصادر التزام بمعنائی که ذکر شدبسیاراست درتقسیم وتبویب آنها اختلافاتی است که فایده‌زیادی بر آن مترتب نیست لذاما بذکر تقسیمی که قانون موجبات و عقود لبنانی نموده اکتفا میکنیم و همان تقسیم رامبنای بحث خود در این کتاب قرارمیدهیم .

## اقسام مصادر التزام

ماده ۱۱۹ قانون موجبات لبنانی مصادر التزام‌را چهارشمرده

اول قانون

دوم کسب غیرمشروع

سوم اعمال غیر مباح

چهارم اعمال‌قانونی

## قانون

یکی ازمصادرالتزاماتی است که ناشی ازقانون است ومستقیماً ازخود قانون استمداد میکند مانند موجبات ثابته‌صاحبان املاك مجاوریا وجوب‌انفاق‌باقارب این نوع ازموجبات باصطلاح‌فقهای اسلام‌فرض یا واجب نامیده میشود ازقبیل نفقه زوجه برزوج که واجب است بحکم قانون بدون اینکه مصدردیگری داشته باشد .

## کسب غیر مشروع

دیگرازمصادرالتزام کسب غیرمشروع است و مراد ازآن کسبی است که‌بدون

مجوز وسبب شرعی بشود این نوع از کسب باحدود و شروطی که درمحل خود بیان خواهد شد از مصادر وموجبات التزام میباشد

## اعمال غیر مباحه

سوم ازمصادرالتزام اعمال غیرمباحه است که عبارت ازجرائم و اشباه جرائم مدنیه‌میباشد که شخص مرتکب میشود و ملتزم‌بضمان نتایج آن میباشدمانندا تلاف و غصب و نظائر اینها

## اعمال‌قانونی

چهارمین مصدرازمصادرالتزام اعمال قانونی است که عبارت از اعمالی میباشد که بمنظورایجاد واحداث اثرقانونی انجام میشود واهم این اعمال عقود است .

# پیدایش تقسیم

تقسیم مزبور که قانون موجبات لبنانی آنرا اتخاذ کرده از تقسیمات قدیمی نیست بلکه تحولات قوانین دراجتماعات آنرا بوجود آورده زیرا تاریخ ثابت کرده که اولین مصدرازمصادرالتزام دراجتماعات اولیه جرائم بوده که اولین رابطهالتزامی را ازجنبه اقرارمجرم بوجود آورده زیرا بشربا الفطره دارای حیات اجتماعی است و ضروری است که اتکاء افراد باجتماع و عائله است از قدیم بزرگترین علقه افرادبشر بقبیله بوده وقهری است که وقوع جنایات دراجتماعات تابع مقررات عرفی واجتماعی بوده لذاالواح قوانینی که افراد بشر بمقتضیات زمان ومکان ابتکار کرده مملوازاین جرائم و مجازاتهای شدید آنها میباشد وهمینطور تبادلات وتجارت نیز از فطریات بشری است زیراحیات اجتماعی بسته بان میباشدلکن این تبادلات بسیار محدود ومحصوربوده بمقداری که محتاج بعقود قراردادی نبوده وبهمین جهت مدتها معاملات وتبادلات در اجتماعات اولیه ازمصادر التزام محسوب نمیشده پس ازآنکه مدتی از حیات اجتماعی بشر گذشت و دائره اقتصادیات وتبادلات در اجتماعات توسعه یافت معاملات درردیف مصادرالتزام قرار گرفت وبتدریج عقول بشری برای آن هم برحسب لزوم واحتیاج مقررات عقد وحلی ابتکار نمود تاآنکه بمرور وتدریج توسعه اقتصادیات معاملات راازاعظم مصادرالتزام وموجبات قرارداد وهم چنین تحولات تاریخ لوائح و قوانین رومان قدیم رابوجود آورد لذاملاحظه میشود که موجبات درقوانین رومان قدیم بیش ازدوقسم نیست وآن عبارت ازجرائم وعقوداست پس ازآن دراثر تحولات اجتماعی

ورشد حیات اجتماعی موجبات و مصادر دیگری بوجود آمد که داخل در تقسیم اولیه نبودناچار بعضی آنها را ملحق بقسم اول و قسمتی رابقسم دوم ازمصادر التزام ملحق نمودند .

که‌تعبیر از آنها بشبه جرم وشبه عقد در اصطلاح قانونی وقت میشد سپس قانون نویسان از بوستینانوس تبعیت کرده ومصادر التزام را بچهار قسم فوق تقسیم کردندمانند قانون ناپلئون وقوانین انگلستان .

مادراین کتاب ازتقسیم اولیه‌صرف‌نظر وتقسیم‌قانون موجبات وعقودلبنانی را مورد بحث‌قرارخواهیم دادمقصود ازبیان‌مطالب مزبور آن بود که معلوم شود که‌اهم مصادر موجبات‌وعقود است یا بعبارت قانون لبنانی اعمال قانونی واعمال غیرمباح میباشد باتوجه باینکه‌عقود شامل مصادردیگری هم خواهد شد مانند تصرف فضولی وامثال آن .

# مصادر باصطلاح فقه اسلامی

تمام‌این‌مصادر درفقه اسلام تحت‌عنوان واحدی جمع‌شده و آن تصرفات شرعیه است تصرف دراصطلاح‌فقهای اسلام‌هرعملی میباشد که‌منشاء التزام ومنتج اثرشرعی بوده باشد .

تصرفات‌شرعیه بردوقسم‌است قولی‌وفعلی تصرفات قولی شامل میشود جمیع عقودوشبه‌عقود رامانند وقف‌ونذر و عمل فضولی بعد از اجازه نوع دوم سایرتصرفات فعلی‌است که موجب ضمان‌میباشد ازقبیل اتلاف‌و غصب .

نوع اول‌ازتصرفات شرعی مرادف است باآنچه در قانون لبنانی آنـرا اعمال قانونی میگویند .

نوع دوم از تصرفات مرادف بااعمال غیر مباحه‌دراصطلاح قوانین جدیداست امتیاز بین نوع اول ازتصرفات شرعی با نوع دوم آنستکه نـوع اول عمل مشروع وقانونی است که اجرا میشودبقصد ایجاد اثرشرعی مانند عقد بیع که انعقادآن بقصدتملیك مشتری است مبیع رادرمقابل تملك‌بایع‌ثمن رابنابراین انعقادبیع‌عمل مشروعی است که انشاء شده برای ترتّب آثارقانونی برآن لکن نوع دوم‌عمل غیر مشروعی است که‌آنرا قانون‌منع کرده‌ومرتکب آنراضامن‌دانسته‌مانند‌اتلاف‌وغصب وتصرفات غیرمجازدراموال دیگران .

کلمه‌تصرف بمعنائی که‌ذکر شده‌مفید مطلوب‌میباشدعلی‌رغم کسیکه‌درقانون ملکیت کلمه‌تصرف رابمعنی دیگری استعمال نموده چیزیکه هست‌از کلمه تصرفات قولیه آنچه بقول‌تنها انجام‌میشود مستفادمیشود وحال آنکه عقودمعاملات بکتابت و حتی باشاره‌هم صحیح‌است مانندعقد گنگ ولال وسکوتی که دال‌بررضاباشدچنانچه بحث تفصیلی این‌موارد خواهدآمد .

بااین وصف مجوزی ندارد که اصطلاحات ثابته ومفهوم عربی را واگذاریم و عبارت‌معربۀ که قانون لبنانی آورده‌بجای آن اصطلاحات بکاربریم .

## تصرفات قولیه و اعمال قانونی بدو قسم منقسم میشود

قسم اول عقود است . عقد عبارت از اتفاق دو نفر یا بیشتر است متقابلا بر امری
قسم دوم عمل قانونی است که از یکطرف انجام میشود و اثر قانونی هم بعمل آن یکطرف مترتب خواهد شد .

عمل یکطرفی قانونی صحیح نیست مگر درموارد استثنائی که اهم آن عمل فضولی است وضمن حدودی است که قریباً بیان خواهد شد و درمورد وقف است در صورتیکه موقوف علیهم غیرمعین باشند چنانچه تفصیل آن هم در محل خود خواهد آمد .

واخیراً ناچار میباشیم تذکر دهیم که اصولا استعمال حقوق منافی باضمان است مع الوصف گاهی برخلاف اصل استعمال حق موجب ضمان میشود چنانچه درباب دوم توضیح داده خواهد شد پس ازاین بیان مختصر درتصرفات شرعی واقسام ومصادر آن لازم است در باقیمانده اقسام از استعمال حقوق وعمل فضولی وتصرف درمال غیر و کسب غیرمشروع بحث شود از آن پس درقسم دوم از اعمال غیرمباح وتصرفات فعلی از عقود وتصرفات قولی بحث ماخواهد بود .

لکن دراین کتاب متعرض احکام وقف خاص وواجبات شرعیه از نفقه وامثال آن نخواهیم شد زیرا بحث درآن احکام قسمتی مربوط باحوال شخصیه وقسمت دیگر مربوط بقانون املاك میباشد وپس ازاتمام این مباحث توضیحی در دوقسم اخیر از اسباب موجبات وسقوط بآن بطور کلی خواهیم داد .

## باب سوم - دراستعمال حقوق

الجوازالشرعی ینافی الضمان جوازشرعی باضمان جمع نمیشود بطوریکه از تعریف حق مستفاد میشود سلطنتی که ازطرف شرع یاقانون نسبت باموال و اشخاص مستقر میگردد و بقدرت قانون حمایت میشود تا حدود و مدتی که از ناحیه قانون

استعمال آن‌حق تعیین‌شده صاحب‌حق‌بهر نحوی که مقتضی بداندمیتواندحق خود رااعمال نمایدوهیچکس حق‌معارضه باآنرا ندارد این‌اصل ازاصول مسلمه درجمیع شرایع وقوانین است‌چنانچه‌ازقدیم درقانون رومانی مقررشده که استعمال‌حق‌اضرار بردیگری نیست و ازاین قاعده رومانی پیروی کرده قانون‌فرانسه وقوانین‌دیگری که‌متخذازقانون فرانسه‌میباشد .

قانون‌انگلیس قائل‌بعدم ضمان ضررحاصله ازاستعمال حق‌میباشد بشرط آنکه ضررحاصله درنتیجه‌تعدی وتجاوزنباشد .

فقهای مسلمین گفته‌اند عملی که باجازه شرع انجام شود اگرموجب ضمان باشد تناقض است و قاعده جوازالشرع ینافی‌الضمان ازقواعد کلیه فقهی است .

مثلا اگر کسی درملك خود حفرچاهی نماید و حیوانی در آن سقوط نماید حافرچاه ضامن نیست چنانچه درماده ۹۱ المجله مقررشده.

سبب عدم ضمان حافر آنستکه مالك مجاز بوده در ملك خود چاه حفرنماید این جوازشرعی مالك رافع مسئولیت و ضمان سقوط و تلف حیوان میباشد .

و همین طوراست حکم انسانی که در آن چاه سقوط نموده و فوت نماید اعم ازاینکه آن شخص‌با اجازه یا بدون‌اجازه صاحب ملك واردشده‌باشد مشروط‌براینکه سر چاه باز و معلوم باشد که در آن خانه چاه هست در کتب فقه اسلامی و المجله فروع زیادی برقاعده جوازالشرعی ینافی الضمان مترتب است، که بذکر بعضی‌آنها اکتفا میشود .

یك . ماده ٦۰۵ المجله مقررداشته که‌مستاجرحیوان باربر چنانچه مقداری که عرفاً با حیوان‌حمل میشودیا کمترازآن باحیوان حمل نماید و درنتیجه‌حیوان تلف شود مستأجرضامن نیست‌زیرا تصرف و انتفاع مستأجرازحیوان درحدودجواز شرعی بوده است .

دو . اگر کسی دکانی مجاوردکان دیگری برای کسب معینی باز نماید و درنتیجه‌بکاسب اولی‌خسارت‌وارد شود صاحب مغازه اول حق ندارد باستناد کسادی

کارو خسارت وارده مانع از کسب دیگری بشود زیرا کسب مشروع برای هر کس آزاد است بهمین مضمون ماده ۹۶۵ المجله مقررداشته و ازاین بابت است قضیه که درتاریخ قضاوت انگلستان معروف است و سابقه قضائی آن کشور میباشد و خلاصه آن حکایت این است که دونفرمعلم‌نحو دریکی ازشهرهای انگلیس بتدریس‌اشتغال داشتند معلم سومی درآن شهرمدرسه مفتوح و مشغول تدریس نحو شد دو نفر معلم اولی بدادگاه شکایت کردند و منع معلم سوم را از عمل تدریس و افتتاح مدرسه باستناد کسادی کارخودشان خواستند لکن دعوی شاکی‌هاباستناد آزادی کسب‌ردشد.

از فروع عدم ضمان باجوازشرعی خسارتی است که برمدیون در اثر شکایت دائن برای وصول طلب خود بمقامات قانونی میکند.

## مستثنیات ازقاعده

اصل جواز استعمال حق قانونی و عدم ضمان آن ازاصول مسلمه در جمیع قوانین و نزد جمیع حقوق میباشد لکن اگراستعمال حق موجب ضررفاحش بغیر شود یا اصولا صاحب حق‌بقصد اضرار بغیراعمال حق نماید آیا این نوع استعمال‌حق منعی دارد و موجب ضمان میباشد و بعبارت دیگر قاعده جواز استعمال حق و عدم ضمان مستثنیاتی دارد یا خیراین‌سؤال‌بسیاردقیقی است آراءو نظریات علمای‌حقوق وفقها درپاسخ‌این سؤال مختلف‌است جمعی پاسخ منفی داده‌اند و قائل باطلاق‌قاعده عدم‌ضمان با جوازشرعی میباشند و دو مذهب شافعی و حنفی و قانون انگلستان از این‌نظریه پیروی نموده‌اند .جمعی‌دیگر بسئوال مزبورپاسخ مثبت‌داده‌اندو گفته‌اند حقوق از امور نسبی‌است و مبتنی برمقاصد معینه میباشد لذا بعضی حقوق است که مقید و محدودمیکندحقوق دیگریرا بنابراین سوءاستعمال حقوق برای صاحب حق جائزنیست نظریه سوء استعمال‌حقوق از همین جا سرچشمه گرفته ودر نظریه سوءاستعمال حقوق بین‌مذاهب و علمای حقوق اختلاف است بعضی ازفقهاوعلمای

حقوق نظریه خود را درسوء استعمال حقوق‌مبتنی بر نتیجه حاصله ازاعمال‌حق‌قرار داده‌اند چنانچه نتیجه حاصله‌ضررفاحش باشد بدون توجه به نیت عامل استعمال‌حق را ممنوع دانسته‌اند علمای حقوق این نظریه را نظریه مادی نامیدند .

المجله و ابویوسف و بسیاری ازفقهای مسلمین‌پیروی‌ازاین نظریه‌نموده‌اند .

بعضی دیگراز فقها نظریه خود را در سوء استمال حقوق مبتنی بر نیت عامل نموده‌اند بدون توجه بضررحاصله بنابراین کسی بقصداضراربغیرحق نداردداستعمال حق نماید . و این نظریه را نظریه معنوی نامیدند پیرو این نظریه فقهای مالکی‌و قانون لبنانی جدید و بسیاری ازقوانین ازوپا میباشند .

بنابراین درمسئله‌سوء استعمال حقوق که‌ازمسائل و مباحث مهم‌علمای‌حقوق دنیا میباشد سه قول است .

اول قول‌باطلاق حق یعنی قاعده عدم جمع جوازقانونی با ضمان مطلق است و مقید بقیدی نیست که آنرا نظریه فردی هم‌مینامند .

دوم نظریه مادی ــ سوم نظریه معنوی

ما برای هریك ازاقوال دراین مسئله فصلی بازنموده و دراطراف هریك بحث خواهیم کرد تا مطلب کاملا روشن شود .

بسیاری ازعلمای حقوق و فقها دراین مسئله رسائل بخصوصی نوشته‌اند ازنظر تشریع اسلامی شکی نیست در اینکه علمای مزبور در بیان مقصود خوب ازعهده بر آمدند لکن‌بعضی‌از آن رسائل مختصراست و قسمتی هم اکتفا بنظریات مذهب‌واحد نموده و امتیازی‌بین نظریات مذاهب و فرق اسلامی‌نگذاشته‌اندوبعضی دیگر بقدری دائره بحث را وسیع گرفته‌اند که ازموضوع خارج شده و داخل درموضوعات دیگر شده‌اند که ربطی بسوء استعمال درحقوق ندارد .

## فصل دوم

## نظریه حق مطلق

پیروان این نظریه متمسك باطلاق قاعده جوازالشرعی ینافی الضمان میباشند این جماعت ازفقها حق را بطور مطلق نافذ میدانند بدون اینکه مقید بقیدیامحدود بحدودی باشد ازفقهای اسلام ابوحنیفه و شافعی واحمدبن حنبل وداود ظاهری وبعضی دیگرطرفداراین نظریه میباشندوآنرااختیار کرده‌انداین جماعت و بسیاری‌ازتابعین آنها متعرض‌این‌مسئله بمناسبت ملك و حق و تصرف در آن و روابط جواریه شده‌اند ضررندارد برای‌توضیح مطلب ببعضی فتاوی فقهای‌نامبرده استشهاد شود ابوحنیفه که رئیس کوفییّن وامیرقیاس میباشد .

میگوید کسیکه تصرف درملك خود نماید بهیچ وجه نمیتوان متعرض اوشد ولو اینکه تصرفات وی سبب ضررهمسایه گردد .

حکایت شده که مردی متضررشد ازچاهی که همسایه درملك خود حفر کرده بود متضرربابوحنیفه شکایت کرد ابوحنیفه باستناد اطلاق حق شکایت او را رد کرد لکن شاکی را بحیله شرعی هدایت نمود وباو گفت توهم بالوعه‌ای‌نزدیك چاه اوحفرنما آن مرد هم چنین کرد دراینصورت طرفین موجب اضرار بریکدیگر شدند امام حنفی هم هیچیك را ازعمل خود نهی نکرد زیراهریك شرعاً مجازبودند که درملك خود هرتصرفی که بخواهند بنمایند نظیر این موضوع را روایت کرده ابن همام از نوازل که اگر کسی خانه خودرا جایگاه گوسفند نماید و این عمل

موجب آزار واذیت همسایه شود همسایگان حق جلوگیری ومنع اورا ندارند زیرا مالك خانه حق هرتصرفی رادرملك خود دارد و بهمین‌مضامین ازامام شافعی‌وحنبلی نقل شده امام ظهیرالدین مرغلینانی عملا بقیاس ازاین جماعت تبعیت کرده لکن ابی یوسف حنفی وبعضی متأخرین‌ازفقهای حنفی‌عکس این‌نظریه را بحکم‌استحسان فتوی داده‌اند چنانچه توضیح آن قریبا خواهدآمد.

محمدبن ادریس شافعی در کتاب الام گفته تحمیل نمیشود بر کسی آنچه را براوواجب نیست هر کس نسبت بتصرف درملك خود مجازاست هر عملی بخواهد بنماید ولوعمل‌اومضربدیگری یاآنکه برضررشخص خودش باشد ودراین موردامثله زیادی ذکر کرده.

ابن حزم ظاهری گفته ضرری بالا تراز آن نیست که مانع ازتصرفات مالك درملك اوشوند بمراعات حق دیگری زیرا منع صاحب حق ازاعمال حق ضرراست بنا براین هر کسی مجازاست درديوارملکی‌خود هرچندمنفذ که بخواهد مفتوح نماید متضررهم حق دارد بوسیله بناء درملك خود جلوی منافذ را بگیرد این قولرا ظاهری ازاستاد خود ابی سلیمان ظاهری وابی حنیفه و شافعی نقل کرده و گفته است که هرفردی حق دارد بنای خودرا تا هرمقداری ارتفاع که بخواهد بالا ببردولواینکه مانع هوا وآفتاب ملك همسایه شودزیرا نمیتوان اورا از اعمال حق مباح ومجازخود مانع شد هرمالکی میتواند هرنوع ساختمانی درملك خوداز حمام وغیر آن‌بسازد زیرادستوری برمنع آن نرسیده است.

## نظریه تقلیدی اروپائی

مختاراین جماعت ازفقهای اسلامی شباهت بنظریه تقلیدی اروپائی دارد که فقط ناظربحقوق فردی هستند بدون اینکه توجهی دراعمال حق بحقوق فردديگر یا اجتماع داشته باشند.

بطوریکه ملاحظه شد این جماعت اعمال حق را مطلق دانسته وبنظر آنها صاحب حق باآزادی کامل بدون توجه بحقوق دیگران حق هر گونه تصرفی را در ملك خود دارد ولومنجر بضرر فرد دیگریا اجتماع باشد بهمین جهت این نظریه را نظریه فردی هم مینامند نظریه فردی ازابتکارات فرانسوی ها در قرن شانزدهم میلادی است که آنرا مبنای حقوق انسان درفرانسه قرارداده اند لذا درقانون مدنی فرانسه مسئله سوء استعمال حقوقی دیده نمیشود وبهمین جهت است که رویه‌تقلیدی درقانون فرانسه مبناء ومبدء نظریه فردی قرار گرفته چه دراجتهادات قضائی وچه درمؤلفات حقوقی آنها ولذا شگفت‌آور نیست که شنیده شود دانشمندی چون استاد بلانیول با ایمان راسخ بگوید حق منتهی میشود بجائی که سوء استعمال شروع میشود چون امکان ندارد درجائی که حق هست سوء استعمال باشد زیرا این دوبا هم جمع نمیشوند ممکن نیست عملی در آن واحد موافق ومخالف حق باشد.

درخاتمه ناچارازاشاره باین مطلب میباشیم که همواره درقانون انگلیسی و امریکائی نظریه فردی تقویت شده دراین قانون است که عمل جائز قانونی موجب هیچگونه‌ضمانی نیست‌وممکن‌نیست‌منع‌اوولو‌اینکه‌دارای‌نتیجه‌سوء‌باشدبعبارت‌دیگر قانون‌انگلیسی وآمریکائی نظری بقصد استعمال کننده نداردبلکه‌میگوید بایددائره استعمال حق رابا قانون سنجید اگراعمال حق درحدود قانون است ضمانی بر استعمال کننده نیست اعم ازاینکه «نیت متعدی اضرار بغیرباشد یا نباشد و عکس آن بعکس است مثل اینکه دریکی ازاحکام انگلیسی‌تصریح شده باینکه اگر کسی باحسن نیت» تصرف درملك خود نماید وتصرف اوهم مشروع باشد پس از آن نیت مستعمل حق تبدیل بسوء نیت شود انقلاب نیت مستعمل تصرف مشروع‌اورامنقلب بغیرمشروع نمیکند.

قانون انگلیسی همواره حافظ وطرفداراین نظریه‌بوده وهنوزهم بانظریه‌سوء استعمال حق مخالف است.

# حدود قاعده اعمال حق

بنا براین نظریه فوق قاعده اعمال حق وعدم ضمان مطلق است چنانچه توضیح داده شد لکن این قاعده مقید بشرطی است و آن‌شرط این است که استعمال حق درحدود قانون باشد اما اگر ازحدوددائره حق وقانون تجاوزشود ومنجر بتعدی برحق غیر گردد مستعمل ضامن است.

لکن موضوعاً این‌مسئله ضمان که بسبب تعدی باشد بامسئله سوء استعمال حق‌فرق دارد ومبحث جداگانه است زیرا تجاوزبحق‌غیر ازتصرفات فعلی غیرمباح میباشد که درمبحث خودتوضیح خواهیم‌داد ولی‌ضررندارد بعضی موارد آن برسبیل مثل‌دراینجا ذکرشود تافرق بین‌تجاوز برحق‌غیر واعمال‌حق‌مجرد معلوم شودچون امثله‌این دوموضوع رابعضی احیاناً باهم جمع نموده‌اند بدون اینکه تفصیلی درآنها داده‌شود واین‌عمل‌درالمجله وبسیاری‌از کتب فقهی دیگر انجام‌شده مثلا درالمجله و بعضی کتب‌فقهی دیگراحوال‌ضررفاحش درمبحث روابط‌جواری‌ذکرشده که‌بعضی‌از آن ناشی ازاستعمال حق است وبعضی دیگر آن مسائل مربوط بتعدی از حدود حق میباشد درماده ۱۲۰۰ المجله‌مقررشده که‌اگر کسی درخانه خود تنورخبّازی یاآسیا یاحمام بنا کند که‌دودوآثار دیگر آن همسایه‌ها را آزارنماید همسایه‌ها حق دارند او رامنع نمایند چون بدینوسیله سلب آسایش ازهمسایه‌ها میشود که‌ضررفاحش‌است.

ابن‌حزم که ازطرفداران جدی حرّیت‌استعمال حق است گفته جائزنیست که کسی‌هنگام تصرفات مالکانه‌خود دودبدهد همسایه‌خودرا چون‌این‌عمل آزاراست و آزارمسلم خرام است.

این آراء موافق با قانون انگلیسی میباشد که مقرر داشته ضمان را برآنچه آزارنامیده‌میشود وتعریف آزارشامل‌میشود جمیع ضررهائیکه از ناحیه اشخاص در اثناء تصرف‌درملك خودبغیر وارد میشودمانند دودیاضجه‌وناله وفریادمداوم که سلب آسایش مینماید و مضر بسلامتی میباشد بنابراین فرقی که ممکن است دردو مورد

یافت درتبعات و آثار تصرف است بنابراین نظریه فردی انسان آزاد دراستعمال حق است مشروط باینکه ازحدود حق تجاوز نکند مثلا اگر در خانهٔ خود احداث بنائی کند که منظره همسایه رابگیرد یامانع آفتاب همسایه شود اعمال حق مجرد است وهیچکس حق منع اوراندارد لکن اگر دراثناء تصرف ازحدود قانون وحق تجاوز نماید مانند دود دادن دائم وصداهای ناهنجار متناوب که ازحدود اعمال حق خارج وتجاوز بحق غیر است دراینصورت عامل مسئول است وازعمل منع میشود .

# فصل سوم

## نظریه معنویه در استعمال حقوق

ازعادات قدیمی وراسخه عرب رعایت حق همسایه است دراین خصلت نیکو اعراب بقدری افراط کرده‌اند که حق همسایه پیش آنها منزلة ومقام تعهدات رااحراز کرده بین اعراب عقد همسایگی را بزرك هرطایفه یا کسیکه درخواست همسایگی میکرد منعقد مینمود بموجب این عقد همسایه همواره تحت الحمایه آن طایفه یا خانواده قرارمیگرفت این عادت نیکورا اسلام تأیید کرد ودرقوانین اسلامی احکام آن بامقررات دینی وقضائی ممزوج شد وبامعاملات وعبادات ربط کامل پیدا کرد اثر این امتزاج درقواعد و فروع احکام شریعت اسلام بسیار است ازقبیل وجوب احسان به همسایگان دورو نزدیك بدستور آیه شریفه **و بالوالدین احسانا و بذی القربی و المساکین. والجار ذی القربی والجار الجنب والصاحب بالجنب** و حدیث شریف که فرمود مؤمن کسی است که دوست داشته باشد برای برادر وهمسایه خود آنچه را برای خود دوست دارد .

حجة الاسلام غزالی میگوید تنها حق همسایه آن نیست که خود دارای از آزار او کنی بلکه باید اظهار دوستی ونیکوئی درباره او کنی و لذا درشریعت اسلام حقوق بسیاری برای همسایه مقررشده مانند حق الشفعه دربعضی مذاهب وحق منع ضررفاحش چنانچه قریباً دراین کتاب ملاحظه خواهید کرد .

# دفع المفاسد اولی من جلب المنافع

ازبدیهیات شرعیه قاعده کلی است که پیدایش آن باپیدایش شرایع توام بوده درعین حال قاعده مزبور تازه وزنده است چون این قاعده باقی است ببقای شرایع زیرا هرشریعتی مبتنی برمقاصد اصلی ونتایج اساسی است وآن نتایج اساسی بطور کلی خلاصه میشود درمفهوم این قاعده که جلب نفع ودفع ضرراست وبعبارت فقهاء جلب نفع ودفع مفسده میباشد شریعت مقدس اسلام نیز مبتنی براین قاعده میباشد فقهای مسلمین هم دراین موضوع رسائل بیشماری نوشته‌اند .

وازآثارهمین قاعده عقلی است توسعه درادله شرعیه مانند استحسان نزد حنفی ومصالح المرسله نزد مالکی و استصلاح نزد غزالی و امثال اینها از ادله عقلیه .

اگرفلسفه ومنع قوانین حقوقی وجزائی‌را درنظر بگیریم ومورد مطالعه‌قرار دهیم خواهیم فهمید که تشریع ووضع آنها ربط کامل باین قاعده دارد.

دربعضی موارد جلب منفعت ودفع ضرربا هم جمع میباشند لکن اگر در موردی جلب منفعت بادفع ضررمعارض شود دفع ضررمقدم بر جلب منفعت است چنانچه درالمجله درماده ۳۰ مقررداشته که دفع ضرزاولی ازجلب نفع است .

## ضرر

قاعده دفع ضرروپیدایش حقوق جواری‌درعرب وتقویت آن درشریعت اسلام موجب شد که فقهای اسلام درروابط جواری اصل سوء استعمال حقوق را مورد نظر مخصوص قراردهند ولذا چنانچه نتیجه اعمال حق ضررفاحش بر همسایه باشد آن عمل را فقها منع کرده اند چون طبق قاعده منع ضررفاحش ازهمسایه اولی‌ازبقای منفعت برای صاحب حق است اول کسیکه باین مسئله فتوی داد مالك بن انس‌امام مالکی بود ازآن پس صاحب ابی حنیفه ابویوسف بود درحالی که ابویوسف ازائمه

حنفی است واین فتوی مخالف باقیاس وظاهر روایت میباشد مع الوصف بحکم استحسان ورعایت مصلحت اجتماعی ازاین نظریه پیروی کرده .

مشایخ بلخ ومتأخرین فقهای حنفی گفته اند اگر تصرف مالك درملك خود موجب ضررفاحش بهمسایه شودوبرای همسایه بطرقی تحرزازآن ضررممکن نباشد باید ازتصرف مالك جلوگیری کرد .

دولت عثمانی زمان ابی سعود عمادی ومشایخ اسلام درآن موقع ازاین نظریه پیروی کردند .

ماده ۱۱۹۷ المجله مقررداشته که ممنوع نمیشود کسی ازتصرف درملك خود مگرآنکه تصرفات اوسبب ضررفاحش برای غیرباشد وپس ازآن المجله در ماده ۱۱۹۸/ راجع بروابط همسایگان تفصیلی داده ومتذکرشده هر کسی میتواند دیوار خانه خودرا بهرمقدارارتفاع که بخواهد بالا ببرد واورا نمیتوان منع کرد مگر موجب ضررفاحش بهمسایه باشد ونیزدرماده ۱۲۰۰/ مقررشده که دفع ضررفاحش لازم بهرنحو که ممکن باشد .

ازاله ضررازنوع فروع قاعده کلی الضریزال ولا ضرر ولاضرارمیباشد . که شرح وتفصیل این قاعده درباب تصرفات غیرمباح خواهدآمد .

## ضررفاحش بنا برتعریف المجله

اضرارآن عملی است که مانع انتفاع مقصود ازملك شود مانند سکنی د. عمارت یاموجب شکستگی یاخرابی بنا گردد .

چنانچه سابقاً گفتهٔ شد ضررفاحش بردوقسم است .

قسم اول آنست که ناشی ازتجاوزبحقوق دیگران باشد مانند دود وناله متواصل وآهن کاری که سلب آسایش ازهمسایه نماید یاآنکه عملی موجب شکستگی وانهدام بنای همسایه گردد وامثال اینها که تماماً اضراربغیراست بدون حق .

قسم دوم - ضررهائی است که درنتیجه اعمال حق مجرد پیدا میشود بدون آنکه عامل ازحق خود تجاوز کرده باشد مثالهای این قسم ازضرزیاد است که بعضی از آنها ازالمجله نقل میشود ماده ۱۲۰۰/ المجله مقررداشته اگر کسی دیوارخانه خودراآنقدر بالا ببرد که جریان هوای خانه همسایه را مسدود کند صاحب دیوار مکلف است ازارتفاع دیوارتا حدی که هوای خانه همسایه را مسدود نکند بکاهدوهم چنین درماده ۱۲۰۲ مقررشده اگردراثراحداث بنائی روشنائی‌خانه همسایه گرفته شودصاحب بنا مکلف برفع آن است .

هریك ازاین مقررات‌درالمجله مبتنی‌بضررفاحش میباشد از مدونة الکبری نقل شده که اگر کسی پنجره یادرهائی ازعمارت خودمفتوح نماید که مشرف بر خانه همسایه باشد وعیالات همسایه مشاهده شوند همسایه حق دارد اورا منع کند و این بیان عین دستوری است که عمربن الخطاب بابن لهیفه نوشته .

همچنین درمغنی ذکرشده که اگر کسی اضطراراً ازدیگری درخواست طعام یاشراب‌نمایدو آن شخص‌باتوانائی‌انجام‌درخواست‌مضطررارد کندو مضطراز گرسنگی یا تشنگی‌بمیرد مسئول ضامن است‌چنانچه بنابرروایتی عمردراین‌موردقضاوت کرد.

امثله‌ای که ذکرشدتمام آنهامربوط‌بضررفاحش‌بود اما اگرضررفاحش نباشد دراین صورت کسی حق ندارد از استعمال حق اشخاص ممانعت نماید چون مناط

---

بنا بمذهب‌امامیه‌طبق‌قاعده‌تسلیط‌هر کس حق‌داردهر گونه‌تصرفی‌درملك‌خود بنماید مگردردوموردیکی آنکه‌ملك متعلق‌حق‌غیر باشد دیگر آنکه تصرفات‌مالك‌موجب‌ضررغیر باشد چون قاعده نفی ضرر حاکم برقاعده تسلیط است و مقتضای قاعده نفی ضرر منع مطلق ضرر است لذابنظرفقهای‌امامیه برای تقیید ضرر بفاحش دلیلی نیست بدیهی‌است ضررهائی که بواسطه حقارت‌قابل اعتناءنیست میتوان گفت ضرر محسوب نمیشودفقهای امامیه تشخیص مصادیق‌ضرر ممنوع را باعرف‌واهل‌خبره‌دانسته‌اند زیرا ضررمختلفات باختلاف زمان ومکان واشخاص و بلدان وقاعده کلی مطردی برای آن نیست چه بسا امری دربلدی ضررمحسوب ودربلاد دیگر ضررشناخته نمیشود (مترجم)

ضررفاحش است چنانچه ماده ۱۲۰۱ المجله مقررداشته مثلا اگرارتفاع پنجره عمارت مجاورازقامت انسانی بیشترباشد مجاوردیگرنمیتواند اورا منع کند باحتمال اینکه بانصب نردبان ممکن است درخانه همسایه نگاه کند زیرا این مقدار ضرر فاحش نیست چنانچه ماده ۱۲۰۳ المجله بآن تصریح کرده .

درخاتمه ناچارازخاتمه بیان این مطلب میباشیم که قاعده اولویت دفع مفسده برجلب منفعت اقتضای موازنه بین ضررو نفع را دارد بنابراین اگرضررحاصله زائد برنفع باشد عامل ضررمنع ازاضرار میشود لکن اگرنفع وضرر مساوی باشد جلب نفع مقدم بردفع ضرراست و نمیتوان عامل ضررراا منع نمود مثلا اگر کسی حفر چاهی درملك خود کند که موجب خشك شدن آب چاه همسایه مجاورشودطبق قاعده نمیتوان حافرچاه‌دوم راسبب خشك شدن آب چاه مجاورمنع کردزیرا ضررو نفع مساوی میباشنداین قول مختارالمجله استلکن امام مالك با این قول مخالف است و میگوید صاحب ملك حق نداردداثرحفرچاه درملك خود آب چاه را خشك نماید اعم ازاینکه چاه دروسط یا کنارملك حفرشود .

مختارالمجله مبتنی بردو قاعده کلی است که آن دو قاعده درمجامع ذکـر شده وعبارت‌است‌ازاینکه‌عمل‌مباح جائزاست بشرط عدم‌اضراربغیردیگراینکه‌تصرف مالك درملك خود صحیح است .

مادامی که ضرربهمسایه نزند لکن این دو قاعده درالمجله ذکر نشده بلکه اکتفا شده است بقاعده تنافی ضمان با جواز شرعی و این قاعده به تنهائی نمیتواند مُدرك المجله درقول مختارش باشد مگراستناد بضررفاحش نماید .

## درنظریه مادی نیت شرط نیست

بطوریکه ملاحظه شد المجله و پیروان نظریه مادی در اعمال حق نیت را شرط نمیداند و ملاك درسوء استعمال‌حق‌بنابراین نظریه‌ضررفاحش‌است که‌عامل آن

ضامن میباشد لکن اگرضرر غیر فاحش باشد کسی حق منع عامل را ندارد اعم از اینکه استعمال حق باحسن نیت یا سوء نیت باشد .

آنچه در این فضل بیان‌شد خلاصه‌ای از نظریه مادی سوء استعمل حق است واین نظریه را مادی میگویند که ازنظریه معنوی تمیز داده میشود .

# فصل چهارم

## در نظریه معنوی

ملاك در نظریه‌معنوی‌درسوء استعمال‌حق‌قصدعامل‌است‌این‌نظریه مانندنظریه استعمال حقون نسبی‌است پیروان این نظریه سوء استعمال‌حقوق راجائز نمیدانند وناظر بحقوق از جنبه روابط متبادله بین‌افراد اجتماع میباشند و استعمال‌حقوق را تابع مصالح اجتماعیه میدانندودرنظریه مادی ومعنوی حریت استعمال حق رامقید بعدم اضرار بغیر میدانندوازاین لحاظ مخالف بانظریه‌فردی میباشند که استعمال حق رابدون توجه بحقوق دیگران مطلق و بدون قیدوشرطمیداناند لکن صاحبان نظریه مادی که درفصل پیش‌موردبحث‌بودوارباب‌نظریه‌معنوی که‌دراین‌فصل‌بیان‌خواهد شد درتعریف ومعنی‌سوءِ استعمال حق‌اختلاف‌دارندهمانطوریکه درفصل گذشته‌ملاحظه شدپیروان نظریه مادی ناظربه نتیجه عمل استعمال کننده حق‌میباشند ازلحاظ ضرر فاحش‌وغیرفاحش برخلاف نظریه معنوی که ملاك‌ضمان ومسئولیت را قصداستعمال کننده میدانند دراین‌صورت‌اگر کسی باحسن‌نیت استعمال حق نمایدمجوزی‌برای منع اونیست وچنانچه‌اعمال حق موجب ضرر دیگری شود عامل ضامن خسارات او نیست وبعکس اگرعامل‌سوء نیت‌داشته باشد و دیگری ازعمل اومتضرر شود اعم از اینکه ضرر فاحش یاغیر فاحش باشد عامل‌باسوء نیت ضامن است بنابراین نظریه اگر کسی بقصد جلوگیری ازتعدی یادزدی دیوار مرتفعی درعمارت خود احداث نماید بنحویکه دیوار مزبور مانع نورآفتاب منزل همسایه شودچون نیت مستعمل

مشروع بوده مانع آن نمیتوان شدلکن اگر بیم‌تعدی و دزدی نرود وارتفاع دیوار بقصد جلوگیری ازنور آفتاب خانه مجاور احداث شود چون عمل باسوء نیت بوده جلوگیری ازعمل‌اومیشود وضامن خسارت‌نیزمیباشد .

## نظریه‌معنوی‌نزدعلمای‌حقوق‌رومانی

علمای رومی نظریه معنوی راتعریف کرده‌اند لکن در تحقیقات خود آنرا مانند یك اصل کلی موردبحث قرار نداده‌اند وبعضی مثالهای کوچك دراین نظریه باقی گذارده‌اند که حاکی‌است .

این نظریه مورد مطالعه‌آنها قرار گرفته یکی ازمثالهای مشهور رومان این است که پایان‌حق سرحد ظلم‌است دراینصورت‌رو مانها جمع بین حق‌وظلم رادرمورد وآن واحد متناقض میدانند بوستینانوس در کتاب مدونة‌الاجتهاد .

جملهٔ را نسبت بمارسلوس داده که اگر کسی حفرچاهی درملك خود نماید و سبب‌خشك‌شدن‌آب چاه‌مجاور شوددرصورتیکه عمل باحسن‌نیت بوده‌وبمنظورعمران ملك‌خود انجام داده باشد ضامن خشکیدن آب‌چاه مجاورنیست ونمیتوان اورا منع کرد لکن چنانچه حفرچاه بقصد اضرار بر مجاورباشد ضررزننده‌مسئول و ضامن است وبایدمنع‌شود .

## امادرشرع اسلام

بطوریکه درفصول گذشته اشاره شد فقهای اسلامی در این مسئله بدو دسته تقسیم شده‌انداول کسانی‌هستند که اصولا قائل بسوء استعمال حقوق‌نمیباشند وادله حقوق را مطلق وبدون قید و شرط میدانند و بـرای صاحب حق حـرّیت مطلقه قائل هستند .

دسته دوم کسانی هستندکه المجله نیزتابع این جماعت‌است وبانظریه مادیه موافقند وحریت‌صاحب حق رامقید بعدم اضرارفاحش بغیر میدانند بنابراین‌نظریه

ملاك مسئولیت دراستعمال حق ضرر فاحش است .

تقسیم فقهاء بدودسته فوق بوجه عموم است لکن افراد نادری ازفقهاء مسلمین هستند که کلمات آنها شباهتی بنظریه معنوی دارد و این کلمات هنگامی بیان شده که نظریه معنوی تااین درجه که درحال حاضر معروف است وبمنزله اصل کلی نزدجمعی ازعلمای حقوق قرار گرفته منتشر نشده بود .

من نمیخواهم درنظریه این افراد ازفقهاء مبالغه کرده باشم ولذابذکر آنچه از کلمات آنها برخورد کرده‌ام اکتفامیکنم زیرا کلام بخودی خود معرف معنی وبلندی پایه خودمیباشد واضح‌ترین کلماتی که دراین مسئله ازفقهای اسلامی برخورد کرده‌ام کلمات یکی ازفقهای اندلس عربی درقرن هشتم هجری مطابق باقرن چهاردهم میلادی است این فقید قرن قرناطی مالکی ابراهیم بن موسی الخمسی معروف بابن اسحق شاطبی میباشد که درسال ۷۹۰ هجری فوت کرده و مشهورترین کتابی که از خود بیادگار گذاشته کتاب الموافقات فی‌اصول الشریعه میباشد این کتاب کتابی است بسیار خوش عبارت و مستدل وبدون شك نفیس‌ترین کتابی است که درعلم اصول و تشریع اسلامی نوشته‌شده وبشهادت استادشیخ محمد عبده ومحمدالخضری شاطبی در کتاب موافقات تحقیق دقیقی در مقاصد شریعت اسلام ومصالحی که احکام اسلام مبتنی برآنها میباشد نموده و اتفاقاً شاطبی در تحلیل وتوضیح مطلب بابیانات وافیه وادله کافیه پیروز شده و ثابت کرده است که دردنیامصلحت ومفسده محضه موجود نیست ومقصود شارع‌مقدس غلبه‌مصلحت برمفسده یاغلبه‌مفسده برمصلحت است ودر موردتعارض بین‌مصلحت ومفسده‌نظر بتساوی وترجیح میباشد وهمچنین‌شاطبی نفوذ احکام‌شرعی راتابع توافق بامقاصدوضع‌احکام دانسته‌لذامیگوید هرکسی‌درتکالیف شرعی خودازحدودی که شارع مقررداشته تجاوز کند نقض‌شرع رانموده و هرعملی که‌ناقض قانون شرع باشد باطل است زیراوضع قوانین براساس جلب منفعت ودفع مفسده است .

مفسده است مخالفت یاتجاوزازحدود قانون بهر کیفیتی که باشد خلاف أصل جلب نفع ودفع فساداست علامه شاطبی دنباله مطلب رابمسئله استعمال حق یاعمل مـأذون شرعی ونتائج مترتبه بر آن ازجلب نفع ودفع مفسده کشانیده وازاین لحاظ افعال را بهشت قسمت منقسم کرده که ما باختصار احکـام آنها را در چهار قسمت بیـان میکنـیم .

قسم اول ـ افعالی است که شرعاً جائزواعمال آنها موجب ضرربغیر نمیشود واین افعال چنانچه ازاول مجازشرعی بوده باذن شرعی باقی است .

قسم دوم ـ افعالی است که شرعا جائزاست لکن استعمال آنها موجب اضرار بغیراست ولی عامل قصداضرارندارد این افعال بجوازخود باقی است مگردرصورتیکه شرعا ممنوع گردد موارد منع این نوع اعمال بشرح زیراست .

۱ـ آنکه آن عملی که شرعا جائزاست موجب ضررعمومی باشد در اینصورت فعل جائزممنوع میشود زیرا مصالح نوعی وعمومی مقدم برمصالح شخصی است.

۲ـ درموردی که عمل عامل موجب ضررشخصی گردد که فساد عمل قطعی است وترك آن مضر بعامل نمیباشد مانند حفرچاه درمقابل منزل خود که درتاریکی سقوط عابردرآن قطعی است وتغییر محل چاه هم برای حافرموجب ضررنیست در این مورد هم ازعمل اومنع میشود.

۳ـ اعمالی است که شرعا جایزاست لکن عامل بقصد اضراربغیرانجام میدهد این عمل هم بدون تردیـد ممنوع است ( این قسم وقسم آینده با نظریـه معنـوی موافق است) .

٤ـ اعمال مجازی‌است که استعمال آنها اضراربغیررا دربردارد وعامل هم بقصد انتفاع خود واضراربغیرعمل راانجام‌میدهد دراین مورداشکالی نیست که عمل‌بقصد اضراربغیرممنوع‌است ومستند آن قاعده نفی ضرراست ولی ازلحاظ انتفاع خود او مشروع وجائز است لکن بحث دراین است کـه‌درعملی که‌دوجهـت‌جمع شده‌انتفاع

مشروع واضرارنا مشروع آیا بواسطه جهت دوم که اضرارباشد میتوان ازعملی که از جهت انتفاع شخصی مشروع است منع نمود یا آنکه جوازشرعی بقوت خود باقی است وازجهت اضرار بغیر گناهی مرتکب شده که عندالله مأخوذ بعمل خودمیباشد .

پاسخ سئوال فوق رابا تفصیل درمسئله باید بدست آورد باین ترتیب که اگر درصورت منع ازعمل بتوان منفعت صاحب حق را ازطریق دیگرجبران نمود بلا شك بایستی ازعملی که موجب اضرار بغیراست جلوگیری بعمل آید زیرا کشف میشود که عامل خصوص این عمل رابقصد اضرارانجام میدهد وباید عمل دیگری که موجب اضرارنباشد انجام دهد .

لکن اگرطریق انتفاع منحصر بطریقی باشد که موجب اضرار بغیراست اعمال حق مالك مقدم است ونمیتوان اورا ازاستعمال حق خود منع نمود .

بعبارت دیگر خلاصه قول شاطبی این است که مالك هنگامی ازتصرف خود ممنوع میگردد که مقصود وی ازتصرف واعمال حق فقط اضرار بغیر باشد .

باتوجه بکلمات شاطبی ملاحظه میشود که این نظریه اوفق بروح قوانین اسلامی است ازسایر نظریات چنانچه حدیث مشهوراست که انّما الاعمال بالنّیات و انّمالکل امرء مانوی ونیزاین نظریه موافق با نظریه جدید سوء استعمال حقوق میباشد اگربالاتر از آن نظریه نباشد ازحیث دقت وتحلیل وتقلیل مخصوصا باتوجه بعصری که شاطبی این نظریه را داده .

# سوء استعمال حقوق درقوانین جدید

بیشتر قوانین جاری وزنده‌عصرحاضر دراروپا تبعیت ازنظریه معنوی‌درمسئله سوء استعمال حق نموده‌اند وسوء استعمال رامبتنی برقصد میدانند و گفته‌اند جواز استعمال حقوق نسبی ومقید است .

دائره انتشارنظریه معنوی آنچنان دراروپا وسعت یافته که اگر بعضی کشورهای محافظه‌کار مانند انگلیس وآمریکا نبود هر آینه بطورعموم و بدون استثناء تابع این نظریه بودند .

علمای حقوق فرانسه دراجتهادات قضائی خود ازاین نظریه پیروی کرده‌اند و کتب ورسائل پرارزشی دراین نظریه نوشته‌اند که ازآن جمله مشهورترین کتابها دراین باب کتاب روح الحقوق ونسبتها تألیف استاد جوسران فرانسوی میباشد.

قانون مدنی ترکیه که نقل ازقانون مدنی‌سویس شده درماده دوم چنین‌مقرر داشته هر کسی ملزم است استعمال حق خودرا موافق باقواعد حسن نیت‌نمایدوسوء استعمال حق آشکارتحت حمایت قانون‌نمیباشد .

ماده۲۲۶قانون مدنی آلمان نیزمقرّر داشته که جائزنیست استعمال‌حق اگر قصد استعمال کننده اضرار بغیر باشد بطوریکه ملاحظه میشود نصوص قانونی مزبور تمام ناظربه نیت وقصد استعمال کننده حق میباشد وهمچنین است قوانین دیگر مثل اینکه درمقدمه قانون مدنی سوفیانی صادردرسال ۱۹۳٦ میلادی ذکر شده که حقوق مدنی درحمایت قانون است سوای حقوقی که استعمال آن ملازم مصالح اجتماعی واقتصادی نیست .

واخیرا درقانون موجبات‌لبنانی که تحت نظریه استاد جوسران صاحب نظریه نسبیه حقوق فرانسه تدوین شده در ماده ۱۲٤ نظریه خود را بعبارت صریح در قانون مزبوراظهار کرده که عینا تصویب شده وذیلا نقل میشود .

ملزم بپرداخت عوض است کسیکه درضمن استعمال حق ازحدود حسن نیت تجاوزنموده وموجب ضررشود بنا براین دراین قانون هم عدم جواز تجـاوز استعمال حقوق ازحدود حسن نیت تصریح شده .

مقررات قانون لبنانی کلی است ومنحصر بروابط جواری نمیباشد بلکه شامل جمیع تصرفات ومعاملات موجبات میشود برخلاف المجله که سوء استعمال حـق رامخصوص بروابط جواری ذکر کرده .

حتی بعضی احکام روابط جواری رانیزازاین قانون استثناء کرده و برای آنها احکام مخصوصی که مربوط بقانون ملکیت است از قبیل حکم باز کردن منفذ وپنجره درابنیه که تفصیل آن سابقا گذشته مقررداشته .

قانون لبنانی علاوه ازاینکه مقررات آن کلی است وشامل انواع معاملات و موجبات میشود امثله متعددی ذکر کرده که ضرر نداردبعضی از آنها گفته شود .

اول دربعضی عقود اختیارفسخ عقد برای یکطرف مقررمیشود دراین مورد ماده ۱۲۸ قانون موجبات وعقود لبنانی مقررداشته که صاحب خیارمیتواند ازحـق خودبدون حضورطرف دیگرعقد استفاده کرده وعقد رافسخ نماید لکن اگراعمال حق برخلاف روح قانون باشد وسوء استعمال حق شده باشدمکلف بجبران خسارت طرف دیگرمیباشد .

دوم دراجاره عمل مانند استیجارخدمه یاکارگران اگریکی ازطرفین بدلخواه خود اجاره را فسخ نماید یعنی بدون سبب مشروع ملزم بجبران خسارات طـرف دیگرمیباشد ماده ٦٥٦ .

سوم درعقد وکالت که عقدی است جائزموکل هروقت بخواهد میتواند وکیل را معزول نماید ووکیل هم هرموقع بخواهد میتواند ازوکالت استعفاء دهد لکن طبق ماده ۸۲۲ .

قانون لبنانی اگریکی ازوکیل یاموکل دروقت غیرمناسب بدون عذرموجه

عقد وکالت را بر هم زند که موجب خسارت طرف‌دیگر شودملزم بجبران‌خسارات وارده بطرف دیگر میباشد .

چهارم طبق ماده ۳۰ و۳۱ قانون اصول محاکمات لبنانی هر کسی مجازاست اقامه دعوی علیه شخص حقیقی یامعنوی یا اجنبی درمحاکم بنماید لکن اگر اقامه دعوی بانیت سوء بوده وقصد اضراربطرف داشته مـلزم بجـبران خسارات مدعـی علیه میباشد .

# باب چهارم درفضولی و تصرف درمال غیر

## فصل اول

## منع تصرف درمال غیر

مقدمه ازبدیهیات قانونی ازادی هرفردی است نسبت به تصرف دراموال‌خود بدون تعرض غیر و نیز احترام بآزادی افراد در تصرفات مالکانه نسبت باموال خود ازبدیهیات میباشد .

بنابراین اصل جائزنیست احدی بدون مجوزقانونی تصرف درمال غیرنماید و هر کس بدون مجوز قانونی تصرف درمال‌غیر نمایدغاصب وظالم‌محسوب است چنانچه بحث آن دربخش تصرفات فعلیه و حکم ضمان متعلق بآن خواهد آمد .

مقصود ما در این فصل بیان حکم قانونی و وضعی تصرفات خلاف اصل از حیث صحت و بطلان میباشد بنابراین قبلا بحثی در قاعده عدم جواز تصرف در مال غیرنموده و پس از آن درفصول آینده‌نظریات مختلفه‌ای که دراحکام فصول میباشد مورد بحث قرارخواهیم داد .

ماده ۶۹ المجله مقررداشته‌جائزنیست برای‌احدی تصرف در ملك‌غیر بدون‌اذن مالك نماید این مضمون درسایر مجامع فقهی ذکرشده لکن این عبارت ناقص است وعبارتی که درکتاب اشباه و نظائرنقل شده‌اتم ازاین عبارت است چون در آن کتاب چنین نقل شده که جائزنیست بر کسی تصرف درمال غیرنماید بدون اذن‌یاولایت .

درهر صورت طبق اصل مسلم مزبور هیچکس حق تصرف درمال غیررا اعم از فروش یا غصب یا تلف یا انواع تصرفات دیگر بدون اذن یا مجوز قانونی ندارد حتی آنمورد که باتصرف غیرمجاز مال دیگری را بصورت بهتری در آورد زیرا بطور مطلق حق دخالت و تصرف درمال غیر را ندارد و هر تصرفی که بدون مجوز قانونی و برخلاف اصل مسلّم عدم جواز تصرف درمال غیر باشد صحیح نیست مگر دراحوال و شروط استثنائی درباب فضولی .

طبق اصل مزبور در دو حالت تصرف درمال غیر اجازه داده شده و آن دو یکی اجازه مالك و دیگری ولایت میباشد که در این فصل هریك را بطور اختصار شرح خواهیم داد.

## حالت اول اجازه صاحب مال است

تردیدی نیست در اینکه صاحب ملك مطلق حق دارد اذن در تصرف درمال و استعمال حق را بدیگری بدهد.

اذن صاحب مال بدو نحو ممکن است تحقق یابد اذن صریح و اذن ضمنی .

اذن صریح آنستکه صاحب مال صراحتاً اجازه تصرف و استعمال حقی را که براموال یا ملك خود دارد بدیگری بدهد بعناوین وکالت یا اجازه یا اعاره .

در وکالت جائز صاحب مال هرامری را که خود قادر بانجام آن است بدیگری تفویض میکند و همچنین تفویض استعمال حق اذن صریح از طرف مالك است

وکالت در بسیاری از تصرفات شرعی قولی جائز است که اهم این تصرفات انجام معامله ازقبیل خرید و فروش وهبه و اجاره وامثال اینها میباشد .

دراجاره مالك حق استیفاء منفعت ازعین مورد اجاره را بمستأجر در مقابل اجرت میدهد دراین صورت طبق عقد اجاره مستأجر درانتفاع و تصرف در مال غیر مجاز میباشد .

و این است معیار اباحه تصرف در ملك و لذا اگر تصرفات مستاجر ازحدود عقداجاره تجاوز نماید مستأجر ضامن است چنانچه در المجله تصریح شده

باینکه اگر کسی حیوانی را تا محل معین اجاره نماید و ازمحل مقررتجاوز کندیا آنکه حیوان را درغیرمحل مقرردراجاره ببرد صاحب حیوان حق اجرت‌المثل را دارد دراعاره مانند اجاره معیراجازه میدهد بمستعیر که مجاناً استیفاء منفعت نماید تجاوزازحدود مقرره درعقد اعاره برمستعیرممنوع است .

درتمام این عقود ملاك تصرف اذن‌است‌وبدون‌اذن‌صاحب مـال تصرفات وکیل و مستأجر و مستعیرممنوع است‌امااذن‌ضمنی آنستکه اوضاع‌واحوال‌دلالت‌بررضایت صاحب‌مال‌درتصرفات‌غیر بنمایدچنانچه درماده۱۰۷۸ المجله مقررداشته‌بریکی‌ازشرکاء درغیبت شریك دیگرجایزاست بقدرسهم خود انتفاع ازمال مشترك ببرد مشروط بر آنکه تصرفات او موجب اضرارشریك دیگرنباشد .

اجازه شریك و تصرف درملك‌مشترك و مشاع‌بموجب دلالت ضمنی استزیرا اوضاع و احوال حاکی بررضایت شریك دیگرمیباشد .

و نیزماده ۷۷۲ المجله تصریح نموده باینکه جایزاست برکسیکه داخل در خانه دیگری‌میشودازظرف آبی که‌مهیابرای شرب‌است‌آب‌بیاشامد چون‌اوضاع‌حاکی ازرضایت صاحب خانه است .

و نیزدرماده ۱۴۷۹ المجله مقررداشته دروکالتی که محدود و مقیداست‌اگر وکیل بنفع موکل تجاوزازحدود وکالت نماید جـائزاست مثل اینکه وکیل است خانه را بده درهم خریداری نماید آنرا به پنج درهم خریداری می کند که‌درنتیجه پنج درهم بنفع موکل میباشد .

چون انحراف وکیل از حدود وکالت بنفع مـوکل بـوده حاکی از رضایت موکل است .

## امربتصرف درملك غیر باطل است

اذن صحیح اعم از صریح یاضمنی باید از ناحیه مالك باشد درغیر اینصورت طبق قاعده کلی که‌المجله درماده ۹۵ بآن تصریح کرده که ( امربتصرف درملك‌غیر

باطل‌است ) امرغیر مالك نافذنیست این قاعده راالمجله از کتاب مجامع الحقایق اتخاذ کرده ونظیراین قاعده‌درماده ۱۵۱۰ بعبارت‌دیگر نقل‌شده که ( اجرا نمیشود امر کسی‌مگر درموردحق یاملك خودش ) مثلا اگر کسی بدیگری امر نماید که مالی رابدریا افکند اگرمامور بداند که مال متعلق بآمر نیست‌حق ندارد امراورا اجراء نماید ودرصورت اجراء ضامن‌است مگردرصورتیکه مامور مجبوربامتثال‌امر باشد معنی‌قاعده بسیارواضح است‌واحتیاج بتوضیح بیشتری ندارد ازامثال عرب‌است که فاقد الشیء لایعطیه واز امثال لاتین است که هیچکس نمیدهد آنچه راکه مال اونیست یاآنکه ممکن نیست‌نقل حقی بیشتر از آنچه صاحب‌حق مالك‌است .

## حالت دوم ولایت است

ولایت بکسرواودرصحاح‌اللغة‌بسلطنت معنی‌شده وبکسرواو و فتح آن‌بمعنی نصرت نیزآمده . اما باصطلاح متشرعه ولایت بکسرواوبنافذ بودن تصرف در مال غیربدون رعایت دلخواه صاحب‌مال تعریف‌شده بعبارت دیگرحق دخالت درامورغیر بحکم قانون بدون اذن‌صاحب مال میباشد ولایت‌ممکن است برنفس‌یا برمال یابر هردو باشد .

ولایت بر نفس ومال بنا بمذهب حنفی پدر وجـدّ پدری دارند لکن ولایت برنفس تنها مادر و سایر اقارب و ذوی الارحام دارند ولـی برمال فقط وصـیّ اجنبی دارد .

## ولایت شرعا بردوقسم است
## ولایت خاصه . وولایت عامه

ولایت خاصه عبارت است از ولایت فردی بر شخص یا امرمعین مانند ولایت متولی بروقف یاولایت پدروجد پدری براولاد صغیر یاوصی مختار ومنصوب ازطرف پدروجد پدری یاوصی منصوب ازطرف حاکم .

## توضیح

ماده ۹۵۷ المجله مقرر داشته که صغار ومجانین وسفها باالذات محجور از دخالت براموال خود هستند بنابراین بطریق اولی حق‌ندارند اموال خودرا بکسی بدهندلذابحکم قانونی ولی شرعی‌یاوصی منصوب‌و مجاز ازقبل اولیاء شرعی یاحاکم دراداره امــوال وشئون آنهاضمن‌حدود وشروط معینه درقانون قیــام‌بــراداره امور محجورین خواهند کرد .

بنا براین ولی یاوصی قائم مقام محجورین میباشد ودرجمیع امورمربوطــه بآنها ولی ووصی برامورصغاروسفها ومجانین بنام ولایت خاصه تصرف درامور آنها

---

بمذهب امامیه پدر و اجداد پدری تاهر مرتبه‌که بالارود هریك مستقلا برفرزند صغیرخود وسفها ومجانین بشرط‌آنکه سفاهت وجنون متصل بصغر باشند ولایت دارند و حتی منصوب ازطرف پدروجد پدری‌ولایت برصغار وبرسفها ومجانین بشرط مذکوردر بالا مستقلادارا میباشند ایندو طایفه ولی خاص‌میباشندکه باوجود آنهاحاکم حق‌دخالت درامورمحجورین راندارد . (مترجم)

میکنند وتصرفات آنها شرعاً نافذ است رضایت مولی علیهم مدخلیت درجوازتصرف ولی ووصی ندارد .

متولی دراداره امورموقوفه ضمن حدود وشروط معینه دخالت خواهد کرد .

ولایت عامه ولایتی است که امام وحاکم بنام مصلحت عمومی بحکـم قانون دارا میباشد .

لذا ماده ۹۱۹ المجله مقرر داشته که جائز است سلطان امر بانهدام خانه غیر بدهد در صورت ضرورت و احتیاج مثل اینکه اگر حریقی درمحلی واقع شود برای ولی امرجائز است امر بتخریب خانه‌ای بدهد بمنظور جلوگیری ازسرایت حریق بخانه های اطراف .

ونیزماده ۹۹۰ المجله مقرر داشته که درصورت فقدان ولی خاص قاضی وحاکم حق تعیین وصی وقیم بر صغار ومجانین وسفهارا دارند وحق دارندمراقبت نمایند دراحوال و اعمال اوصیاء ازلحاظ دادن اجازه در بعضی موارد وعزل اوصیاء باتحقق مجوزوسبب قانونی ورسیدگی نمایندبمحاسبه متولی وقـف واجازه دهند تبدیـل مـوقـوفه را در صورت ضـرورت و مصلحت .

بنا براین ولایت عامه تصرف امام است درامور یکه مصلحت ایجاب کندچنانچه در کتاب اشباه و نظائر قاعده کلی در ولایت عامه ذکرشده باینکه تصرف امام درامـور رعیت مبتنی برمصلحت است واین قاعده مستند بحدیث شریف است که کلکم راع و کلکم مسئول عن رعیته الامام راع ومسئول عن رعیته والرجل راع فی اهله ومسئول عن رعیته و المرئة راعیة فی بیت زوجها ومسئولة عن رعیتها والخادم راع فـی مال سیّده ومسئول عن رعیته .

درهرصورت ولی اعم ازولی عام یاخاص سرپرست ومسئول اموری هستند که بآنها سپرده شده و حـق دارند تصرف در اموالی را که اداره وحـفاظت آن دردست آنان است با رعایت مصلحت بطوریکه شافعی گفته مقام امـام بـر رعیت

همان‌مقام‌ولی است‌وقول‌شافعی مستند بخطبه‌ایست که‌عمر بن‌خطاب‌درخصوص‌تصرف‌در مال‌یتیم‌ایراد کرد و چنین گفت‌مقام‌من‌نسبت بشما مثل‌مقام ولی یتیم‌است نسبت‌باو

## ولایت خاصه وعامه کدام یك اقوی هستند

بطوریکه اشاره شد ولایت اعم ازعامه وخاصه در فلسفه تشریع مشترك وشبیه میباشند لکن ازجهت دیگراختلاف است که‌آیا ولایت عامه اقوی ازولایت خاصه است یا برعکس ممکن است گفته شود که ولایت عامه اقوی ازولایت خاصه است چون ولی عام حق عزل ونظارت ورسیدگی بمحاسبات ولی خاص رادارد از طرف دیگرممکن است ولایت خاصه مقدم برولایت عامه‌باشدچون درصورت‌جمع‌وتعارض تصرفات ولی خاص مقدم بر ولی عام است .

## عقد فضولی ونظریات مختلفه درآن

درلغت واستعمال دائرفضول یافضولی اطلاق میشود بدخالت کسی برامری که مربوط باونیست ویا، نسبت درفضولی داخل برمفرد نشده چون فضولی جمع فضل است ومعنی‌آن زیادتی است .

اما اصطلاحا فضولی تصرف درحق یامال غیراست بدون اذن قانونی چنانچه ماده ۱۲۲ المجله مقررداشته است یابعبارت دیگرهر کس برخلاف اصل عدم‌جواز تصرف درمال غیرعمل نماید مثل اینکه بفروشد مال کسی رابدون اذن واجازه مالك یاولی مالك یعنی بدون اینکه اختیاری‌از طرف مالك یاشارع داشته باشد چنین کسی فضول وبیع آن بیع فضولی است .

## نظریات مختلف دربیع فضولی نزدعلمای حقوق دنیا

درتصرفات فضولی نظریات وعقاید مختلفه قانونی است نظریه اول بطلان معاملات فضولی است .

بطورمطلق ولواینکه پس ازعمل مالك آنرا تنفیذ و موافقت نماید بنا بر این نظریـه در مثالی که ذکرشد بیع باطل است ولو اینکه صاحب مـال آنـرا تنفیذ نماید .

نظریه دوم. بیع فضولی متوقف براجازه ورضایت مالك است اگراجازه نماید معامله صحیح والاباطل است .

نظریه سوم درمقابل نظریه اول است طبق این نظریه معاملات فضولی صحیح است درصورتیکه بنفع صاحب مال وبقصد پرداخت ثمن بصاحب مال انجامشده باشد ونفوذ معامله متوقف باجازه صاحب مال نمیباشد .

درفصول آینده هریك ازنظریات را باذکرمبدء وادله آنها درمذاهب اسلامی جداگانه بحث خواهیم کرد.

## فصل دوم

## نظریه بطلان معاملات فضولی

بنابراین نظریه اصولا عقد فضولی باطل‌است ولواینکه پس از انجام معامله فضؤلی صاحب مال آن عقدرا اجازه دهد زیرا عقدحرام بوده و کسی حق‌ندارد فعل حرام و باطل را تنفیذ نماید بنا این‌نظریه تصحیح عمل فضولی متوقف بقصد جدید است چون عقد اول کاالعدم میباشد نظریه بطلان عقد فضولی شامل تمام عقود از بیع‌وشراء ونکاح ووقف‌وسایر عقود وتصرفات‌قولی میشود واز امثله واضحه آن‌بیع مغصوب است اگر غاصب مال‌مغصوب را بفروشد باعلم‌مشتری‌باینکه آنمال‌مغصوب میباشد بیع‌غاصب باطل است وچنانچه مالك بخواهد آن معامله را تنفیذ کند حق ندارد مگر آنمال بعقد جدید فروخته‌شود .

## پیروان این نظریه

داود ظاهری وامام حنبل در یکی از دوروایت و شافعی‌در مذهب اخیر خود ازاین نظریه پیروی کرده‌اند .

اما درقوانین غربی تاآنجائیکه نویسنده اطلاع‌دارد این نظریه تائید نشده .

مستند پیروان این‌نظریه‌ازفقهای اسلامی روایت‌حکیم‌بن‌حزام است که‌حضور رسول‌اکرم (ص) عرض کرد شخصی میخواهد از من خریداری کند چیزی را که نزدمن نیست آیا بفروشم آنمال‌را ازبازار پیغمبر فرمود نفروش آنچه نزدتو نیست.

باین روایت استدلال بر بطلان بیع فضولی نموده‌اند لکن این استدلال کافی نیست بخصوص اگر آنرا مقیاس بطلان سایر تصرفات‌فضولی قرار دهیم زیرادراین روایت چیزی که دلالت برعدم جواز تصحیح عمل فضولی باجازه لاحقه نمایدوجود ندارد مضافاً باینکه این‌نظریه موافق باحاجات مردم از جنبه عملی نیست چون این نظریه مانع ازانجام‌معاملات فضولی است چنانچه معاملات فضولی در بازار متروك شود موجب‌رکود بسیاری ازمعاملات روزانه‌جاری‌دربازار خواهد بود ·

# فصل سوم

## نظریه توقف در عقد فضولی

چنانچه در مباحث پیش اشاره شد وکالت ازعقود اذنیه است یعنی بموجب عقد وکالت وکیل مأذون درتصرف نسبت بامری از اموردرحدود وکالت یا اجازه میشود بدیهی است و کالت اذنی مقدم بر تصرف وعمل میباشد بنابر این آیاممکن است همانطوریکه اذن سابق درصحت ونفوذ تصرف موثراست اذن لاحق هم موثر باشد بعبارت دیگر اجازه صاحب مال در تصرف فضولی موثر میباشد یاخیر.

بلی این حرفی است که پیروان نظریه دوم میگویند وپیروان این نظریه اذن لاحق را قائم مقام اذن سابق میدانند حتی این مضمون بعنوان قاعده کلیه تلقی شده که اجازه لاحق بمنزله وکالت سابق میباشد بنابر این قاعده برخلاف نظریه اول عقد فضولی باطل نیست بلکه متوقف بر اجازه مالك میباشد یعنی پس ازاطلاع صاحب مال بمعامله اگر آنرا تنفیذ واجازه نماید عقد صحیح ونافذ است والا باطل میباشد لذا اصطلاحاً عقد فضولی را عقد متوقف مینامند. چون صحت وبطلان عقد متوقف بر اجازه مالك است.

## قانون انگلیس از این نظریه تبعیت کرده

از قوانین غربی قانون انگلیس ازاین نظریه تبعیت کرده وازمذاهب اسلامی

امام حنبلی دریکی از دوروایت وانس بن مالك وتبعه او پیرو نظریـه توقف در عقد فضولی میباشندفقهای شیعه امامیه‌هم قائل بتوقف درعقد فضولی هستند .

پیروان نظریهٔ توقف در عقدفضولی‌علاوه ازاستدلال عقلی که ذکرشد به‌سنّت وقیاس استدلال نموده‌اند اما در سنّت امثله‌زیادی است که حاکی از صحت و نفوذ اجازه در معامله‌فضولی میباشد که بذکریکی از آنها اکتفا میشود ابوداود ترمذی باسنادصحیح روایت کرده که‌نبی‌اکرم(ص) يك‌دينار بعروه بارقی داد ودستورفرمود بامبلغ‌مزبور يك گوسفند برای آنحضرت‌خریداری‌نمایدعروه بایك‌دینار دو گوسفند برای آنحضرت خرید اوپس از آن یکی از گوسفندان را دربازار بیك‌دینارفروخت در مراجعت یکدینار و يك گوسفند حضور حضرت پیغمبر آورد حضـرت او ر تحسین فرمود .

وجه استدلال این‌است که عروه گوسفند دوم را بدون اجازه خریداری کرد دراین‌صورت معامله فضولی بوده وپس‌از موافقت‌آن‌معامله تنفیذشده .

اما استدلال بقیاس‌دروصیت‌نسبت‌بمازادبر ثلث‌زیرانفوذ آن‌متوقف‌باجازه‌ورثه است اگر وراث اجازه‌نمودند وصیت‌نسبت بمازاد ازثلث صحیح والا باطل است‌ولذا اجازه‌لاحقه در معامله فضولی قیاس میشود بتاثیر اجازه وراث درمازاد بر ثلث‌وحکم تاثیر اجازه لاحق بر آن مترتب میشود .

علاوه برادله فوق احتیاجات‌نوعی‌درمعاملات یومیه وسرعت جریان معاملات که بمصلحت مردم میباشد این‌نظریه را تائیدمیکند .

## نصوص قانونی درمسئله

ماده ۱۵۵۳ المجله دروکالت‌قاعده کلی مقررَ داشته که اجازه لاحق‌درحکم وکالت‌سابق است‌مثلا اگر کسی فضولةً مال دیگری‌را بفروشد پس از اجازه‌صاحب مال مثل‌این استکه فضول قبلا وکیل بوده است المجله احکام عقد فضولی رادرهر

یك از ابواب مختلفه عقد بمناسبت مورد بحث قرارداده ودرمواد ۱۱۱ و ۳۶۷ و ۳۷۷ بیع فضولی را از اقسام بیوعی دانسته که متوقف براجازه غیر است و تصریح کرده باینکه صحت عقدفضولی متوقف براجازه صاحب مال یا وکیل یاوصی یا ولی صاحب مال میباشد .

در مذهب حنفی اجازه دربیع فضولی نافذاست و درغیر مورد فضولی بیع مال غیر باطل است ولواینکه بایع پس ازوقوع معامله درملك غیردرمبیع کسب مالکیت نماید مثل اینکه کسی مال پدرش را بدون اذن پدر بفروشد پس از انجام معامله بیع ارثاً منتقل ببایع شود اجازه دراین مورد نافذ نیست ومحتاج بعقد جدید است .

مثال دیگر اگر غاصب مال مغصوب را بفروشد پس از فروش آنرا از مالك خریداری کند ویا بسببی ازاسباب شرعی دیگر مبیع ببایع غاصب منتقل شود اجازه اودربیع اولی نافذنیست ومحتاج بعقدجدیداست امادر قانون لبنانی جدید حکم مسئله برعکس است ماده ۳۸۵ قانون مزبور مقرر داشته اگر مبیع فضولی رابایع پس ازبیع مالك شود بیع فضولی نافذاست فقهای مالکی هم باتفصیلی که ذکرخواهد شدملکیت بایع فضولی را سبب نفوذ بیع فضولی میدانند .

باین تفصیل که اگربایع فضولی مبیع راقبل ازاجازه خریداری نمایدمالکیت فضولی قهراً موجب نقض بیع فضولی است لکن اگر بسبب قهری مبیع فضولی ببایع منتقل شود مانند ارث دراین صورت بایع قائم مقام مالك است و حق اجازه وفسخ معامله رادارد زیراخریداری عمل اختیاری است وباعلم بمعامله فضولی باختیار خودخریداری کرده لذا حق فسخ معامله را ندارد لکن در انتقال قهری مالکیت اختیاری نیست در اینصورت میتواند تنفیذ یافسخ نماید .

## حکم خریدار فضولی

حکم خریدار فضولی مانند فروشنده فضولی است درمذهب مالکی بمذهب حنفی

دردو مورد خریدفضولی متوقف باجازه است مانندفروش یکی درصورتیکه در انعقاد معامله تصریح بنام‌غیرشود .

یعنی مورد معامله‌را بنام‌غیر خریداری کند دوم درصورتیکه خریدارفضولی صغیر ومحجورباشد در مواردديگر معامله‌نسبت بشخص‌فضول‌نافذاست‌مثلاا گربخرد کسی‌مالی‌را بقصد غیر بدون‌اینکه در عقدتصریح شود معامله نسبت بشخص نافذ است ولی چنانچه بخواهد بغیر انتقال دهد احتیاج بعقد جدید دارد زیرا اصل در تصرف بنفع‌خود انسان‌است .

سوای تفصیلی که ذکرشددرخرید فضولی مانند فروش آن در دومذهب‌مالکی وحنفی وسایر مذاهبی که قائل بتوقف عقد فضولی براجازه میباشد مسئله تابع‌قاعده اجازه لاحق‌بمنزله‌وکالت‌سابق است .

## عقداجازه فضولی

ماده ٤٤٧ المجله مقرر داشته که انعقاد اجازه فضولی مانند سایر معاملات متوقف براجازه مالك‌است واگر مالك صغیر یامجنون باشد اجازه با ولـی یا وصی آنها است .

ونیز ماده۸۸۷ المجله‌تصریح‌نموده باینکه اگر کسی مال دیگری‌رابشخصی هبه‌نماید هبه‌صحیح نیست لکن اگر صاحب مال هبه را تنفیذ نماید صحیح‌است.

## تقسیم فضولی

تقسیم فضولی نیز متوقف باجازه‌صاحب‌سهم است قولا یا فعلا مثلا اگر کسی قسمت نماید مال مشترکی‌را بدون اجازه صاحب سهم اگر مالك سهم اجازه نمود قسمت صحیح است والا باطل خواهد بـود چنانچه مـاده۱۲۲٦ المجلـه مقرر داشته است .

## صلح فضولی

ماده ۱۵٤٤ المجله مقرر داشته اگر کسی دعوی دیگری را فضولة صلح نماید متوقف براجازه صاحب دعوی است و اگر فضول شخصاً ضامن مال الصلح شود مصالح بری الذمه میشود . و مصالح فضول ملزم به پرداخت مال الصلح است .

## فضولی در عقد ودیعه

ماده ۷۹۳ المجله مقرر داشته اگر مستودع مال ودیعه را بدیگری قرض دهد بدون اذن صاحب ودیعه ضامن است زیرا مستودع ماذون در تصرف نسبت بمال امانت نبوده واین عمل فضولی بوده است مگر آنکه صاحب و دیعه آنرا تنفیذو اجازه کند آنگاه در حکم ودیعه است .

شریك مضارب درمضاربه حق ندارد مال مورد مضاربه را بدون اجازه شریك قرض دهد و اگر قرض داد صحت معامله متوقف باجازه شریك است نسبت بسهم خود .

## فضولی در احوال شخصیه و سایر تصرفات قولی

تصرفات فضولی منحصر بعقود مالی نیست بلکه شامل عقود واسقاطات متعلقه باحوال شخص وسایر تصرفات قولی مانند نکاح خلع طلاق عتاق وقف وامثال اینها نیزمی شود نزدفقهای مسلمین زیراعقد نکاح دربعضی قوانین مانند قانون فرانسه قابل توکیل نیست وصحت آن موکول بحضور زوجین درمجلس عقد میباشد مگر در بعضی مستثنیات که ضرورت ایجاب کندمانندازدواج برای افراد قشون درحال جنگ لکن درشریعت اسلام نکاح قابل توکیل است زوجین یایکی ازآنها میتوانند برای اجراء عقدنکاح دیگری را وکیل نمایند و چون اذن واجازه لاحق بمنزله وکالت سابق است عقدنکاح فضولی نیز جائزاست ومتوقف باجازه میباشد چنانچه ماده ۱٤٥۲

المجله مقررداشته نکاح فضولی جائز است ومتوقف بر اجازه صاحب حق زوج یا زوجه‌است چنانچه اجازه‌نمایدعقد صحیح والاباطل است لکن‌درمورد نکاح فضولی بعقیده ابوحنیفه جائز نیست‌یکنفر فضولة ازطرف زوج وزوجه عقد نکاح رااجراء نمایدولی ابویوسف‌این مورد راهم‌جائز دانسته وبهمین قیاس است‌طلاق‌وعتاق‌وخلع مراد ازخلع‌طلاقی است که زوج‌درمقابل بذل‌مهر زوجه‌را طلاق‌میدهد .

دیگراز تصرفات فضولی‌وقف است‌اگر کسی مال‌دیگری رافضولة وقف‌نماید برفقراء صحت‌وقف منوطبه اجازه صاحب ملك‌است .

## فضولی در تصرفات فعلی

بمذهب حنفی اجازه تنها مؤثر درتصرفات قولی‌است ولی شامل تصرفات فعلی نمیشودمصاحب‌ابوحنیفه‌امام‌محمدوبعضی‌فقهاءمالکی‌قاعده‌فضولی‌رامنطبق‌باتصرفات فعلی هم نموده‌اند مانند قبض واتلاف وغصب وگفته‌اند رضایت در قبض مانند اذن درقبض‌است‌بنابراین اگر کسی دین‌دیگری رادریافت کند برائت‌ذمه مدیون‌متوقف براجازه دائن است .

بنابراین قاعده اگرمدیون بدهی خودرا بوسیله دیگری برای دائن بفرستد و دائن آنرا قبول کند وهمان شخص آورنده رامامور خرید جنسی ازپول مزبور نمایدونزد مامور پول‌تلف شود ازمال دائن‌است چون رضایت بقبض درحکم‌وکالت سابق‌است‌همچنین‌اگر کسی غصب نمایدمالی راو آنرا بفروشد یابطریق دیگر آنرا بدیگری واگذارنماید پس‌ازآن انتقال یاواگذاری رامالك اجازه‌دهد انتقال غاصب نافذمیشود باستناد قاعده مزبور .

## آیاتجویز مالك انتقال‌غاصب راسبب برائت‌غاصب‌هم‌میباشد

بعقیده محمدبن حسن ازفقهای حنفی و مالك‌ابن‌انس‌امام مالکی دراینصورت غاصب بری‌الذمه است و مکلف بپرداخت ثمن معامله بمالك مجبور میباشد .

لکن راجع باتلاف خلاف است تمرتاشی درتنویر وابن نجیم در اشباه ونظائر ازابن بزار نقل کرده‌اند که اتلاف متوقف براجازه نیست واجازه مالك پس ازاتلاف موجب برائت ذمه متلف نمیشود لکن فقهای حنفیه می گویند اگرصاحب مال تلف شده رضایت باتلاف دهد متلف بری الذمه میشود چون اتلاف ازجمله افعال است .

## خلاصه مطلب

ازادله و امثله ونصوص قانونی که ذکرشد اعم ازعقود مالی و احوال شخصی و تصرفات قولی و فعلی معلوم شد عمل فضولی نسبت بجمیع این تصرفات متوقف باجازه صاحب حق است و مستند فقهای مذاهب اسلامی کسانیکه قـائل بنظریه توقف در عمل فضولی میباشند قاعده کلـی (اجازه لاحق بمنزلـه وکالت سابق) میباشد بنظر پیروان نظریه توقف قاعده مزبور محصوردرعقدی ازعقود یا تصرفی ازتصرفات نمیباشد بلکه شامل جمیع عقود و تصرفات قولی و فعلی میشود .

فقهی ادله و امثله دراثبات این حقیقت بسیاراست و این مقدار که ذکرشد امثله‌ای بود که بواسطه پراکندگی آنها درابواب مختلفه فقه شاید ازنظرمیافتد و گمان میکنم آنچه ذکرشد برای اثبات مطلب کافی باشد .

در این مسئله وغالباً درمسائل دیگرفقهای اسلامی تحقیق درمبادی عامه بطریق تحلیلی که استخراج فروع خاصه ازاصول کلی باشد نکرده‌اند بلکه بحث آنان در مسائل فرعیه درابتداء میباشد و ازمجموع مسائل فرعیه مبادی اساسی فقهی رابدست میاورند این اسلوب که استقرائی است مؤید تفسیری است که ما از اصول و ادلـه تشریع اسلامی کردیم که اجتهادات فقهای اسلامی مبتنی و بسته بآن ادله است که درطول حیات اجتماعی تجارب و تحقیقات علمی استقرائی آنها را بوجود آورده واز مجموع این مسائل مجموعه پرارزش برای مطالعه و تفکروبحث و استقراء بوجود آمده که وسیله رسیدن محققین ازفقها بمبادی وقواعد کلی گردیده و بدون شك یکی

از آن قواعد است قاعده‌ایکه مبنای نظریه توقف درعمل فضولی میباشد بخصوص در مذهب حنفی پس ازاین مطلب بپردازیم بتوضیح معنی اجازه وانواع وشروط آن .

## اجازه وانواع آن

بطوریکه گذشت اجازه اذن لاحق است برعمل‌سابق که بموجب آن اذن عمل فضولی نافذ و لازم میشود . اجازه اعم ازقول وفعل است یعنی همانطوریکه اجازه بقبول‌لفظی‌تحقق‌پیدا میکند بفعل هم محقق میشود بنابراین اجازه حاصل میشود بهرلفظ و فعلی که دلالت بررضایت صاحب مال بنماید.

بعضی ازفقها باین تعبیر کلی و عام اکتفا نکرده و بسط کلام‌بیشتری دراین مسئله بذکرافعال و اموری که دال بـررضایت میباشد داده‌اند کـه داعی بنقل آن تفصیلات که موجب اختلاف درمسئله میشود نداریم لکن بمنظوراتمام فائده بعضی‌از امثله که دراین باب است نقل میکنیم مثلا درعقد بیع یا اجاره فضولی قبول ثمن‌یا اجرت ازطرف مالـك اجازه فعلـی تلقی میشود اما دراجازه قولی اگرمالك بعاقد فضولی بگوید احسنت بعضی گفته‌انداین جمله کافی دراجازه و دال بررضایت‌نیست و ممکن است‌حمل براستهزاء شود زیرا جمله قابل‌تأویل است ولی امام محمدحنفی این جمله را ازباب‌استحسان اجازه تلقی کرده .

بین فقها اختلاف است که آیا سکوت در معاملات فضولی اجازه تلقی میشود یاخیر بعضی مانندحنفی وشافعی وحنبلی گفته‌انداگر کسی‌ملك‌دیگری‌رادرحضورش بفروشد و صاحب ملك سکوت نماید اجازه تلقی نمیشود و همچنین است اگر معامله درغیاب مالك انجام شودو پس ازاطلاع ازمعامله سکوت نماید سکوت دلالت بررضایت مالك نمیکند.

بعضی دیگرازفقها مانند مالکی ها وابن ابی‌لیلی سکوت را اجازه تلقی کرده ودال بررضایت صاحب ملك‌درعقد فضولی میدانند بشرط آنکه سکوت صاحب‌ملك مستند بعذری‌ازقبیل خوف ازحاکم‌وامثال آن نباشد بنابراین عقیده رضایت‌وموافقت

مالك در عقد فضولی محقق میشود . بهر لفظ و فعلی که دلالت بر رضایت و اجازه‌او بنماید اعم ازاینکه‌دلالت صریح یا ضمنی باشد .

وشایسته‌است تمام این‌تفصیلات واختلافات‌را کنار گذارده وبعنوان فوق‌اکتفا نمایند وقضایای جزئی را بنظر قاضی درصورت اختلاف واگذارند .

## مجیز باید اهلیت داشته باشد

لازم است اجازه‌از کسی صادرشود که اهلیت داشته باشد در مرتبه اول صاحب مال یاوکیل او صلاحیت اجازه و تنفیذ معامله فضولی را دارد و چنانچه صاحب مال صغیریامجنون یا بسبب دیگرمحجور باشد ولی اوصلاحیت اجازه را دارد.

## فسخ

بنابر نظریه توقف درتصرفات فضولی اگرمالك یا قائم مقام او اجازه‌ندهدعقد فضولی منفسخ‌میشود و همچنین سایرتصرفات‌قولی یافعلی و حق‌فسخ هم درتصرفات و عقود فضولی باآنکسی است که اجازه بااومیباشد ماده ۳۷۸ المجله مصرح است .

## فرع

طرف اصیل‌درمعاملات‌فضولی قبل ازاجازه مالك حق فسخ معامله‌را داردلکن اختلاف است دراینکه فضول درعقد فضولی قبل ازاجازه مالك حق رجـوع وفسخ عقد فضولی رادارد یاخیر.

فقهای حنفی درعقد بیع و سایرعقود مالی گفته اند فضول قبل از اجـازه مالك حق فسخ عقد را دارد لکن بعد ازاجازه وتنفیذ مالك دیگر برای فضولی حق فسخ‌نیست زیرا قبل ازاجازه فضول دفاع ازحق شخصی خود میکند .

اما فقهای حنفی درعقد نکاح قائل بحق فسخ قبل ازاجازه صاحب حق‌برای فضول نیستند زیرا غالبا عاقدفضولرا معیروآلت‌اجراءعقد بیش نمیداند لکن‌ابی

یوسف ازفقهای حنفی قائل بتفصیل درعقود مالی ونکاح نیست و میگوید در عقد نکاح فضولی هم قبل ازاجازه صاحب‌حق فضول حق رجوع وفسخ عقد رادارد .

ماده ۲۸۵ قانون موجبات لبنانی برخلاف مذهب حنفی مقررداشته که جائز نیست عاقد فضولی دعوی بطلان عقد را باستناد اینکه عقد بر ملك غیر واقع شده بنماید .

پس ازاعلام فسخ ازطرف مالك درعقدفضولی دیگراجازه مؤثر نیست زیرادر اینصورت عقد فضولی منفسخ است ومنفسخ قابل اجازه نیست .

## شروط اجازه

اجازه درتصرفات فضولی درحکم انشاء ابتدائی است لذا باید درمجیز شرائط اساسی عقد موجود باشد شرایط مزبوربشرح زیراست .

۱ـ وجود معامل فضولی

۲ـ طرف معامله

درصورت فوت یکی ازاین دوطرف اجازه تأثیری درعقد ندارد

۳ـ وجود مجیز بنا براین شرط اگرصاحب‌ملك قبل ازاجازه فوت نمایدمنتقل بورثه اونمیشود مگردرباب قسمت بنا برعقیده ابی یوسف یکی ازفقهای حنفی که گفته اگرچند نفرشریك درمالی باشند وآنرا تقسیم نمایند بدون حضوریکی از شرکاء صحت قسمت متوقف براجازه غایب است .

ودرصورتیکه شریك غایب قبل ازاجازه فوت نماید وارث او دراجازه قائم مقام مورث خود میباشد عقیده ابی یوسف مبتنی براستحسان‌است.

٤ـ وجود معقود علیه است یعنی شرط صحت اجازه درعقد فضولی هنگام اجازه وجود مورد معامله وعوض آن است اگرمورد معامله عروض باشد لکن‌اگر مورد معامله نقد مافی الذمه باشد این شرط لازم نیست .

بنا براین شرط اگرمبیع ازبین رفته باشد یاتغییرمؤثری کرده باشد اجـازه صحیح نیست ودراینصورت مالك مختاراست برای دریافت عوض آن ببایع فضول یا مشتری رجوع نماید .

درصورتیکه مبیع تسلیم مشتری شده باشد .

لکن درجامع الفصولین گفته شده اگردربیع فضولی بدل تلف شود وبعداز تلف مالك عقدرا تنفیذ نماید معامله صحیح است صاحب جامع الفصولین این‌قول را ازابی یوسف نقل کرده لکن‌زفرمخالف این قول است ·

ماده ۳۸۷ المجله مقررداشته که درعقد بیع فضولی وجود هریك ازبایع و مشتری ومجیزشرط صحت اجازه است ودرصورت فقدان هریك اجازه صحیح‌نیست ونیزدرماده ٤٤٧ درعقد اجازه فضولی تصریح بوجوب شرائط فوق نموده است.

وچون طبق قاعده قیاس‌اجازه بوکالت پس ازاجازه مالك مبیع ازتاریخ‌وقوع معامله متعلق بمشتری وثمن متعلق ببایع خواهد بود دراین صورت اگرنقص یـا زیادتی درمبیع پیدا شود متعلق بمشتری است وثمن هم امانت است دردست بایـع فضولی ومتعلق بمالك خواهد بود .

## مواردی که تصرفات فضولی بدون اجازه صحیح است

درفقه اسلام مواردی میباشد که تصرفات فضولی جائزاست،ومتوقف باجازه مالك نمیباشد برخلاف قاعده عدم جوازتصرف درمال غیر.

اول درمورد پدروپسرمضطرجائزاست‌بدون اذن یکدیگرتصرف درمال‌دیگری بمقدارضرورت بنمایند .

دوم امین حق انفاق مال امانت را برپدرومادرصاحب مال بدون اجازه مالك یاحاکم ندارد‌مگردرصورتی که کسب اطلاع ازمالك وحاکم غیرمقدورباشد وپدرو مادرمالك احتیاج داشته باشند دراین صورت میتواند بدون اجازه مال امـانت را انفاق برپدرومادرمالك بنماید .

سوم کسیکه در سفر مریض شود مصاحبین او میتوانند بدون اجازه از مال او صرف دواو معالجه او نمایندو نیز درصورت فوت بدون اذن ورثه ازما ترك میت خرج دفن و کفن او نمایند.

روایت شده که جمعی از اصحاب محمدبن حسن شیبانی بحج رفته بودند یکی از آن جماعت فوت کرد ازتر که او رفقایش خرج او کردندپس ازمراجعت جریانرا به محمدبن حسن گفتند جواب داد کار خوبی کردید پس از آن تلاوت کرد این آیه کریمه را

**والله يعلم المفسد من المصلح**

چهارم پدرحق برداشت مال فرزند کبیررشید خود را درصورت فقر واحتیاج بعقیده محمد ابی یوسف طبق قاعده و اصل کلی بدون اذن او ندارد لکن بعقیده ابوحنیفه وعلمای دیگر حنفی بقاعده استحسان میتواند بدون اذن فرزند بااحتیاج وفقر از مال منقول او برداشت نموده رفع احتیاج خود را بکند.

پنجم جائز است کبارورثه تصرف درمال صغیر نموده و خرج او نمایندودرصورتیکه وصی نداشته باشد اهل محل بدون اذن حاکم حق دارند ازموقوفه مسجدحصیر برای مسجد خریداری کنند.

ششم جائز است اتمام کاری که مقدماتش مهیا است بدون اذن صاحب کار مثل اینکه گوسفندی برای ذبح آماده باشد یا زمینی مهیا و بذرهم آماده باشد دیگری بدون اجازه صاحب گوسفند و صاحب بذر گوسفند را ذبح و درزمین بذرافشانی نماید این مستثنیات که ذکرشد برخلاف اصل است.

لکن بمذهب حنفی بحکم استحسان تجویز شده و آنچه از ادله اصولی مذهب حنفی مستفاد میشود ضابطه جوازتصرف درمواردمزبوره اذن ضمنی میباشد که درهر يك از آنها موجود است.

مناط و فلسفه ضابطه مزبور آنست که جمیع احکام فضولی و تصرفات فعلی بنا به نظریه توقف درتصرفات فضولی مستند بقاعده واحدی است که عدم جوازتصرف

درمال غیر بدون اجازه مال یا اذن قانونی است واذن اعم است ازاینکه ازطرف صاحب مال یا قانون باشد و نیزاعم است از اینکه سابق برعمل باشد مانند وکالت یا لاحق برعمل باشد مانند اجازه درفضولی و اعم است ازاینکه اذن صریح باشد یا ضمنی و بهر نحو که اذن تحقق یابد درنتیجه که جوازتصرف است تفاوتی حاصل نخواهد شد.

مواردیکه جوازتصرف برخلاف اصل بدون اذن ذکرشد ولو اینکه معلل باذن ضمنی است ولی غالب موارد مذکوره مبتنی برضرورت و اضطرارنیزمیباشد و چنانچه درغیراین صورت ثابت شده . اضطرارازاسباب ودفع محظوراست دراسلام وقوانین دیگر.

علاوه ازمواردیکه ذکرشد درمذهب حنفی مواردیگری هم میباشد که جائزاست تصرف درمال غیر بدون اجازه صاحب مال اضطراراً که اهم آن مواردبشرح زیراست.

اول اگریکی ازورثه بمنظورجوازتقسیم ووصول بحق خود دین میت رابپردازد دراین مورد پرداخت کننده دین حق داردرمقابل آنچه داده است بتر که میت رجوع نماید.

دوم اگردو نفرشریك مالی را خریداری کنند و یکی از شرکاء تمام ثمن را بدون حضورو اجازه شریك دیگر پرداخت نمایدبمنظورامکان تحویل مبیع دراینصورت پرداخت کننده حق دارد نسبت بوجهی که پرداخته بشریك غایب رجوع کند.

سوم اگرعمارت دو طبقه که دو نفرهریك بطورمفروزمالك یك طبقه ازعمارت باشند بسوزد یا خراب شودصاحب طبقه دوم باید ازصاحب طبقه اول درخواست تجدید بنانماید درصورت امتناع خوداومیتوا دطبقه اول رابنانموده وبرای دریافت مخارج آن بصاحب طبقه اول رجوع نماید.

چهارم چنانچه مال مورد رهن احتیاج بتعمیرداشته باشد درصورت غیبت راهن یاحضور او وامتناع ازتعمیرمرتهن حق دارد ازمال خود تعمیرات لازمه را بنماید و

---

بمذهب فقهای امامیه هیچیك ازشرکاءبدون اذن شریك دیگریا وکیل او یاحاکم حق تصرف درمال مشترك راندارد اعم ازفروش یااجاره یا سایرتصرفات ودر صورتیکه تصرف نماید ملزم به پرداخت اجرت المثل میباشد و اگرعین تلف شودضامن است(مترجم).

برای دریافت آن براهن رجوع نمایدولی اگر دربلد حاکم وجود داشته باشدبایدازاو کسب اجازه کند.

پنجم چنانچه سابقاً گذشت یکی ازشرکاء مال مشترك را بدون اجازه شریك دیگر حق تصرف وفروش ندارد لکن درباب اجازه ماده ۱۰۸۴ المجله مقرر داشته که یکی ازشرکاء بدون حضورشریك دیگر میتواند مال مشترك را اجاره بدهد درصورتیکه اجاره دادن آن بمصلحت هردوشریك باشد.

ششم درصورتیکه دونفرشریك مال مشترکی را درمقابل دینی رهن نمایند اگر یکی ازشرکاء بخواهد رهن نماید حق داردبدون حضور شریك دیگرتمامی دین را پرداخت نموده و فك رهن ازمال مشترك بنماید وحق رجوع بشریك دیگر نسبت بسهم او دارد.

درامثله ای که ذکرشد وامثال این مواردا جنبی حق تصرف درمال غیررا بدون اجازه صاحب مال بعلت ضرورت ووصول بحق دارد.

قاعده درمذهب حنفی آنستکه سوای مستثنیات مذکوره اگر کسی فضولة بنفع غیرمالی راانفاق کند نسبت بمال انفاق شده حق رجوع بغیررا ندارد توضیح این ضابطه محتاج بذکرامثله ایست که بیشتر آنها ازالمجله نقل شده است.

یکی درموردتعمیراتی است که مستأجربدون اجازه مالك درمورد اجاره مینماید و مؤثردرانتفاع مقصودمیباشدمستأجرحق رجوع بمالك ندارد و عمل مستأجرتبرعی است وهمچنین است نفقه که دراثناءمدت اجاره مستاجرمینماید مانند علوفه حیوان طبق مواد ۵۲۹ و۵۳۰ و۶۶۱.

دوم ماده ۷۲۵ مصارفی که برای عین مرهونه میشود آنچه برعهده راهن یا

---

۱ــ مخارجی که بقای عین مستاجره یاانتفاع ازان موقوف بآن مخارج باشدبعهده موجراست مگرآنکه درعقد اجاره خلاف آن شرط شده باشد درصورتیکه موجرمخارج لازمه رانکند ومستاجرازمال خود انفاق نماید حق رجوع بموجررادارد واگرامتناع نماید حاکم اورا اجبارمیکند. (مترجم)

مرتهن است هریك بدون اذن دیگری آن مصارف را بنماید حق رجوع بدیگری را ندارد .

سوم اگر ودیعه احتیاج بانفاق داشته باشد بعهده صاحب مال میباشد اگر صاحب مال غائب باشد مستودع مکلف است بااجازه حاکم نفقه ودیعه را بدهد ودرصورتیکه مستودع بدون اجازه حاکم انفاق نماید متبرع محسوب است و حق رجوع بصاحب مال راندارد ماده ۷۸۶ :

چهارم ماده ۱۳۱۱ اگر شریك مال مشترك رابدون اجازه شریك خودیاحاکم تعمیر نماید متبرع محسوب است وحق رجوع بشریك راندارد .

پنجم اگر کسی دعوی دیگری رابدون اجازه صاحب دعوی مصالحه نماید ومال الصلح را ازمال خود بدهد عمل فضولی تبرع محسوب است وحق رجوع بصاحب دعوی راندارد .

ششم پرداخت وضمانت دین دیگری بدون اجازه مدیون حمل بر تبرع است و متبرع حق رجوع بمدیون ندارد امثله ای که ذکرشدوامثال این مسائل درمذهب حنفی تابع یك اصل وقاعده کلّی مذهب است و آن اصل این است که اگر کسی انفاق کند ازمال خود چیزیرا بنفع دیگری یاواجب دیگری را ادا کند بدون اذن مدیون یاحاکم متبرع محسوب است مگردر مواردی که اذن ضمنی یااضطرار علت انفاق شده باشد که امثله آن قبلا ذکر شد .

# فصل چهارم

## نظریه منفعت در فضولی

این نظریه رومانی الاصل میباشد قوانین فرانسه و آلمان و بعضی کشورهای دیگر اروپا که تبعیت از این نظریه نموده‌اند آنرا از قوانین رومان قدیم گرفته‌اند اخیراً در کشورهای اسلامی قانون موجبات وعقود لبنانی ازاین نظریه پیروی کرده.

دراین مبحث بیان مختصری ازاین نظریه خواهدشد وحتی الامکان دراین بحث بقانون لبنانی استشهاد میشود فضولی بنابراین نظریه عبارت است ازاینکه بخودی خود کسی دراداره شئون وامور دیگری بدون اجازه صاحب امر قیام نماید باعلم بفضولی بودن وبدون قصدتبرع زیرا تصرف باعتقاد اینکه کار مربوط بخودش میباشد تابع مقررات فضولی نیست و کسب بدون سبب است که احکام آن خواهد آمد.

دوماده ۱۵۶ و ۱۵۸ قانون موجبات و عقود لبنانی فضولی را تعریف کرده باینکه بمجرد دلخواه خود بدون قراردادی باصاحب امر قیام باقدام کاری نماید با عنایت خاص مانند پدرصالح بنفع صاحب حق معلوم یااینکه عملی را بحساب او انجام دهد وحساب عملیات و درآمد حاصله ازعملیات خود را ازطریق اداره خود بصاحب حق تسلیم نمایددراین صورت اگرصاحب حق عملیات فضولی را اجازه نماید اجازه لاحقی است که بمنزله وکالت سابق است واگر صاحب حق اجازه ندهد درصورتیکه عملیات فضولی منطبق باقواعد حسن نیت باشد صاحب مال ملزم بقبول و موافقت با عملیات مزبورخواهد بود وعملیات فضولی بدون اجازه نافذ است واگر عملیات تملم

نشده صاحب مال مکلف است فضول را در انجـام کار خود آزاد گذارد و مخارجی که میشود طبق احکام وکالت باو پرداخت نماید چنانچه مواد ۱۵٤ (۱٦۱ و ۱٦٤ قانون موجبات لبنانی مقرر داشته .

## فرق بین نظریه منفعت و نظریه توقف در تصرفات فضولی

امتیازی که بین نظریه دوم که صحت فضولی را متوقف بر اجازه مالك میداند و نظریه سوم که نظریه منفعت نامیده میشود پس از اشتراك هر دو نظریـه دراینکه اجازه لاحق بمنزله وکالت سابق است این است که درصورتیکه مالك عملیات فضولی رااجازه ندهد بنابر نظریه توقف معامله یا تصرفات فضولی باطل است وچنانچه فضول مخارجی کرده باشد حق رجوع بمالك ندارد ولی بنابر نظریه منفعت نفع صاحب مال درحکم اجازه است وبایستی صاحب مال مخارجی که عامل فضولی کرده است بپردازد.

## ملاك و فلسفه نظریه منفعت

پیروان نظریه منفعت که نفع مالك را بمنزله اجازه در عمل فضولی تلقی میکنند ومالك را ملزم بپرداخت مخارج عملیات فضول میدانند بااینکه اجازه نداده است بطوریکه اشاره شد تبعیت از قانون رومان قدیم کرده اند رومانیها عمل فضولی را از نوع عقد هبه میدانند زیرا نحوه عمل شبیه بوکالت است واین تعلیل راقوانین اروپائی که متخذ ازقانون رومان است تائید نمودند چنانچه عنوان باب احکام فضولی در قانون مدنی فرانسه مؤید این مطلب است .

لکن این تعلیل خالی ازاشکال نیست چون عمل فضولی فاقد رکن اساسی عقد که رضایت است میباشد . وبهیچ وجه شباهتی بین عمل فضولی وعقد وکالت موجود نیست وبهمین جهت علمای حقوق عصر حاضر فضولی را ازباب تصرف مال غیر بدون

اجازه میدانند درسابق اشاره شد که ازقوانین اروپائی قانون انگلستان چندان متأثر ازقانون رومانی نیست‌ولذا تبعیت‌ازنظریه دوم‌درتصرفات فضولی که توقف‌است‌نموده مگردرمورد نادراستثنائی مثل ذخائر بحریه .

## نظریه‌منفعت‌وقوانین اسلامی

رای‌مشهور درشریعت اسلام درتصرفات فضولی نظریه توقف‌است وصحت عمل فضولی را متوقف براجازه صاحب مال میدانند و درصورت عدم اجازه صاحب‌مال در مقابل فضول التـزامی ندارد مگـر دربعضی مستثنیات که مستند باضطـرار یااذن ضمنی باشد .

نظریه توقف دارای‌فوائد عملی واجتماعی بسیاری است زیراازنظرفضولی در صورت‌عدم اجازه التزامی برای صاحب مال نسبت‌باجرت عمل ومخارجی که کرده نیست از این جهت باب منازعات که از لحاظ اجرت و مخارج عمل بوجود میآید محدود میگردد وحدود دخـالت در اموال غیررا بداعـی جلب منفعت و مصلحت تعین میکند .

بااین‌وصف ناچار از اشاره بمطلبی میباشیم که بامستثنیات عدیده که در شرع اسلام درنظریه توقف موجود است ازجنبه عملی بانظریه منفعت نـزدیك است زیرا امتیاز وفرق‌بین‌این دونظریه درصورت عدم اجازه مالك‌است وبامستثنیاتی که ازنظر اضطرار واجازه ضمنی‌موجود است چندان‌فاصله ازلحاظ جنبه عملی‌بین‌این‌دونظریه باقی نمیماند .

علاوه در مقابل رای مشهور که توقف درعمل فضولی است آراء نادره دیگری هم از فقهاء مسلمین موجود است که اگـرهمان نظریـه منفعت نباشد نزدیك بآن نظریه است .

مالکی برخلاف عقیده شافعی وحنفی ازفقهای اسلامی میگوید کسیکه بدون

اجازه مدیون دین اورا بپردازد متبرع نیست ومدیون مکلف است آنچه فضول پرداخته رد نماید علاوه ابن قیم جوزی درغیر این مورد آراء ثابتی دارد واین مرداز بزرگان فقهای حنبلی است دراین مسئله بدون جمود وتقلید نظری که باروح شریعت اسلام وفق میدهد دراعلام الموافقین عن رب العالمین بیان کرده وتا آنجا که ممکن است ما عین عبارت اورا نقل میکنیم .

ابن قیم میگوید اگر کسی ادا کند دین واجب دیگری راحق رجوع بمدیون بمیزانی که داده دارد بموجب دستور کتاب و سنت ،

اما در کتاب آیه کریمه **هل جزاء الاحسان الا الاحسان** جزاء نیکو وعادلانه نیست که درمقابل احسانیکه دیگری کرده ودین واجب او را پرداخته حق محسن تضیع شود بلکه جزاء نیکو درباره اواین است که مال اورا آنچه پرداخته باورد نماید ونیز در کتاب مبین است که **المؤمنون والمؤمنات بعضهم اولیاء بعض** بعقیده ابن قیم کسیکه دین واجب دیگری را پرداخته بمنزله نایب ووکیل اوبوده وبمصلحت او اقدام کرده که بواسطه عجز یا ضعف قادر باداء آن نبوده پس از آن حدیث شریف **من هدی الیکم معروفا فکافئو** رانقل میکند وبعد میگوید کدام معروف بالاتر ازاین است که دین واجب کسی را پرداخت کند وچه مکافاتی قبیح تر از آن است که حق اورا تضییع نمایند هنگامی که شرع مقدس اسلام برای هدیه که تبرع محض است جزائی مقرر دارد چگونه ممکن است ادای دین واجب را بدون جزاء قرار دهد ابن قیم در کلام خود توسعه داده وآنرا منطبق میکند بموردی که کسی بمنظور حفظ مال غیر تصرف در آن نماید بدون اذن صاحب مال دراین صورت عامل حق دارد بمالك رجوع نموده ومخارجی که برای صیانت و حفظ مال اونموده دریافت داردو معتقداست اینگونه اعمال فضولی متوقف براجازه مالك نیست زیرا مؤمنین و مؤمنات بعضی اولیاء بعض دیگرند

پس از آن ابن قیم استشهاد بتصریحات امام احمد بن حنبل نموده باینکه

اجنبی میتواند زرع دیگری را جمع آوری نموده وضبط نماید بنفع مالک واجرت آنرا ازمالك دریافت نماید ودر کتاب احسن الفقه استدلال کرده باینکه اگر کسی بواسطه مرض یاحبس نتواند زرع خودرا ضبط نماید دیگری هم بدون اجازه صاحب زرع حق تصرف وضبط آنرا نداشته باشد یاآنکه اگر تصرف نمود و مال او را ضبط کرد حقی بمالك ازبابت اجرت عمل نداشته باشدنتیجه آن تفریط مال مسلمان است زیرا جمع آوری ضبط مال ملازم بااجرت عمل خواهدبودوچنانچه عامل حق رجوع بمالك برای اجرت نداشته باشد عمل اوعبث خواهد بودومسلماً شریعت اسلام چنین مقرر نمیدارد .

برای تأکید مطلب ابن قیم ازامام خود ابن حنبل نقل میکند اگر خراب شود کشتی مردی دردریا ویا درشرف غرق باشد ودیگری آنرا تعمیر نموده وازغرق نجات دهد صاحب کشتی مکلف بپرداخت اجرت عمل تعمیر کننده میباشدولو عمل تعمیر بدون اجازه مالك باشد .

این حکم بهتر از آن است که گفته شود برای عمل فضولی اجرت نیست زیرا چنانچه برای فضولی اجرت نباشد کسی خودرادرمشقت شدید قرار نمیدهد برای حفظ مال دیگری علاوه لازم میاید عمل فضولی عبث باشدو تضییع حق فضول درچنین مواردی خلاف عدالت است.

بنابر آنچه ذکر شد نظر ابن قیم براین است که اگر درعمل فضولی نفعی برای مالك باشد یاعمل او سبب جلو گیری از تلف مال باشد صاحب مال مکلف است اجرت عمل و مخارجی که نموده پرداخت نماید حس برادری و تعاون درشریعت اسلام ایجاب میکند که مال برادرمسلمان محفوظ وعمل حافظ آن هم بدون اجر نباشد زیرا مسلم است که احکام شرع اسلام موافق با قواعد عقلیه است و مشتمل بر مصالح نوعیه میباشد و ممکن نیست حکمی ازاحکام اسلام برخلاف عقل و مصلحت باشد وانطباق حکم مزبور با قواعد عقلی و مصلحت واضحه است و امتزاج بین عدل و احسان نیز ازضروریات حیات اجتماعی است و این جنبه تعاون برای مرتبه دیگر دراین مورد درشریعت اسلام مانند بسیاری ازموارد دیگر ملاحظه میشود .

باتوجه بمراتب مذکوره ملاحظه میشود که نظریه ابن قیم نزدیك بنظریه معروف منفعت میباشد که اروپائیها ازقوانین رومان اخذ کردند و قانون لبنانی نیز از آنها تقلید نموده .

و این هم برهان ساطع دیگری است که مقررات شریعت اسلام قابل تحول و وفق باهرزمان ومکان میباشد چون قواعد فقه اسلامی مبتنی برقواعدو اساس متینی است که منطبق باهرزمان و مکان میشود .

# باب پنجم کسب غیر مشروع

## فصل اول

## تصرفات مختلفه در کسب غیر مشروع

کلیات . بعضی ازتصرفات است که موجب اضرارشخصی و کسب دیگری است بدون سبب ومجوزقانونی واهم این اعمال دفع مالایجب یا پرداخت بدون سبب میباشد مثل اینکه کسی بگمان اینکه مبلغی بدیگری مدیون است و مبلغ مورد گمان خود را بطرف پرداخت کند دراین مورد دهنده وجه متضررشده و گیرنده منتفع گردیده بدون وجود سببی ازاسباب تملك جای تردیدنیست که گیرنده وجه مکلف بردمبلغ دریافتی است ودهنده حق رجوع باوربرای استرداد وجه دارد لکن بحث در این است که چه چیزسبب التزام گیرنده وجه گردیده آیا سبب عقد است یا جرم بعبارت دیگر آیا منشاء التزام و ضمان گیرنده وجه اتفاق گیرنده و دهنده وجه میباشد یـا آنکه عمل مضروحرام گیرنده بفرض اول سبب التزام عقد است که اتفاق گیرنده و دهنده وجه میباشد .

هیچیك ازاین دو مورد نمیتواندمنشاءالتزام قرار گیرد زیرااولااتفاق گیرنده ودهنده وجه فاقد رضا که رکن اساسی عقداست میباشد بنابراین عقدی در بین نیست ثانیا قوام جرم تعدی یا عمل غیر مشروع میباشد ودراین مورد آخذ ومأخوذ عامداً

مرتکب نشدند تا تعدی یا عمل غیرمشروع واقع شده باشد .

رومانیها لزوم رد وجه را دراین مورد مبتنی بشبه عقد میدانند و وجه شباهت بعقد را گفته‌اند پرداخت وجه بخطا شبیه بعقد قرض است و ازاین جهت گیرنده وجه را ملزم برد آن دانسته‌اند بااینکه عبارت شبه عقد در بعضی قوانین اروپائی استعمال شده مورد انتقاد علمای حقوق حتی خود اروپائیها قرار گرفته .

چنانچه بوستینانوس گفته کسیکه گمان میبرد مدیون است و دین تصوری خود را پرداخت میکند مقصودش انعقاد عقدی نیست بلکه بتصورخود میخواهدازتبعات عقد تصوری نجات یابد وذمه خود را بری کند اما حق مطلب این است که در این مورد منشاء التزام کسب غیرمشروع یااثر بدون سبب است که فی حدذاته مصدر التزام میباشد این مصدرالتزام گرچه ازابتدا عمومیت نداشته مانند سایرمصادرالتزام لکن رومانیها نظایراین مصادرالتزام‌را که متضرر حق استرداد وجه‌را بدعوی انتفاء سبب یا دعوی اثراء و امثال اینها دارد ذکر کرده‌اند مع‌الوصف این گونه‌التزامات مبنا و مبدء کلی نزد رومانیها ندارد و در عین حال بعض علمای حقوق رومانی غافل از اثبات مبنای کلی دراین‌مورد نبودند چنانچه بوموبنویس که ازعلمای حقوق قرن‌دوم میلادی است اینحقیقت را متذکر شده و گفته نباید کسی بدون مجوز و سبب کسب نماید چیزیرا که مضر بغیر باشد درقانون مدنی فرانسه مواردی دیده میشود که‌منشاء التزام کسب غیرمشروع است بدون اینکه‌مبتنی برقاعده کلی باشد مع‌الوصف نظریه عمومی دربارة کسب‌غیرمشروع ازعرف‌قدیم بین آنهاموجوداست ومؤیداین‌مطلب‌اراء و اجتهادقضائی آنهاست‌اما درقوانین‌جدید این اصل بطور کلی بانص‌صریح‌مقررشده چنانچه ماده ۸۱۲ قانون‌مدنی آلمان مقررداشته که‌هر کسی‌مال غیررا بدست آورده باشد اعم ازاینکه مستقیماً ازصاحب مال گرفته باشد یا بطریق‌دیگر بدست آورده باشد بدون سبب قانونی ملزم برد آن بصاحبش میباشد .

ماده ۲۶ قانون مدنی سویس که درترکیه نیزمورد عمل میباشد بمضمون بالا

مقرر داشته و این نظریه‌را درقانون‌موجبات لبنانی هم‌خواهیم یافت چون این قانون مبتنی بر آخرین نظریات حقوقی تدوین ووضع شده است لذا اصل مزبور بطور کلی درفصل اول قانون نامبرده تصریح شده ونیز درفصل دوم‌ایفاء مالایجب‌موردبحث قرار گرفته بی مورد نیست توضیح مختصری درمواد مربوطه‌قانون موجبات‌وعقودلبنانی داده شود .

## کسب غیرمشروع درقانون موجبات لبنانی

ماده ۱٤۰ قانون موجبات لبنانی مقررداشته کسیکه بدست آورد مال غیررا بدون سبب قانونی ملزم برد آن میباشد درقانون مزبوربرای تحقیق التزام بردمال غیر که بدون سبب قانونی بدست آمده بموجب ماده ۱٤۱شرائطی مقررداشته .

اول آنکه احراز کسب مال غیر شود اعم ازاینکه‌کاسب بمباشرت یا بواسطه کسب کرده باشد واعم ازاینکه‌مال مادی یاادبی‌باشد یاآنکه‌ازاکتساب کاسب‌ضرری متوجه غیرشده باشد یانه .

دوم آنکه‌برای‌مکتسب‌منه مطلوبی‌جزحق دعوی که مستند بحصول کسب بدون سبب قانونی است نباشد اثراین التزام وجوب استرداد مالی است کـه کاسب بدون‌سبب قانونی کسب کرده‌والتزامی بیشترازآن ندارد‌مگر آنکه‌اکتساب با سوء نیت بعمل آمده باشد یاقانون برخلاف آن مقررداشته باشد قانون موجبات لبنانی‌در صحت ایفاً مالایجب درماده ۱٤۳ تصریح میکند باینکه اگر بگمان اینکه مـدیون بوده بدهد بدیگری آنچه درذمه اونبوده براشتباه وخطاءحق مطالبه آن رااز گیرنده وجه دارد پس ازآن ضمن مواد ۱٤٤ و۱٤٥ حالاتی رابیان میکند کـه جـائز است استرداد مال مأخوذه وحالاتی که جائزنیست استرداد دَرخاتمه درماده ۱٤٦ قـانون لبنانی مصرح است باینکه قواعد موضوعه برای کسب غیرمشروع بطورکلی‌سرایت درایفاء مالایجب میکند ٠

# کسب غیر مشروع درقانون انگلیس و آمریکا و نظریه محدوده

بطورکلی قوانین انگلستان و آمریکا دراصول ومبادی شرکت دارند فقط در موارد نادری‌بین قوانین مزبوراختلاف نظرهائی موجود است ازآن جمله‌مسئله مورد بحث میباشد.

اجتهادات قضائی درممالك متحده آمریکا قائل باصل کلی برای کسب غیر مشروع که قبلا بیان شد میباشد بعکس قانون انگلستان که ازاطلاق کسب غیر مشروع و کلیت آن تبعیت نکرده بلکه آنرا محدود و مبتنی بر شبه عقد یاعقد ضمنی ومجازدانسته اند و اقامه دعوی علیه گیرنده وجه را منحصراً بحالات خاصی میدانند.

مثل اینکه کسی مالی رااشتباهاً یابسببی که متحقق نشده‌یاآنکه تحت‌تأثیر خدعه یااکراه واقع شده باشد درچنین مواردی واجب است بر گیرنده وجه آنچه را گرفته مسترددارد.

اگرتعهد نماید کسی درمقابل‌دیگری انجام عملی رایا آنکه تعهد نمایدتسلیم چیزیرا پس ازشروع بمقدمات انجام‌کاریا تسلیم‌مورد تعهد ازخاتمه دادن عمل مورد تعهدیا تسلیم چیزمورد تعهد استنکاف نماید یا آنچه را تعهد کرده برخلاف قرار داد باتمام‌رساند یابرخلاف مشخصات مورد تعهد راتسلیم نماید درچنین مواردی متعهد حق مطالبه‌اجرتی که بر آن مقدارازتعهدات خود که انجام داده نخواهد داشت‌زیرا ازتعهدات خود تخلف کرده دراجتهادات قضائی انگلستان دراین مسئله توسعه قائل شده‌اند وگفته‌اند دراین گونه‌موارد متعهد حق مطالبه اجرت المثل عمل خودرادارد ودر مورد تعهد به تسلیم چیزی هر مقدار که تسلیم کرده حق مطالبه قیمت آنرا دارد.

درمثالهائی که ذکرشد ونظائر آنها درقانون انگلستان شرط است که ازنحوه

عمل قرارداد ضمنی یاعقد ضمنی بین طرفین فهمیده شود که بالاخره همان‌قرارداد یاعقد ضمنی منشاء التزام قرار گیرد درغیراین صورت عامل مستحق اجرت المثل نخواهد بود .

نظریه عقد ضمنی یاشبه عقد باجمودت ونارسائی که دارد درقانون انگلیس‌تا امروزبقوت خود باقی است منشاء این نظریه درانگلستان اصول محاکمات واسباب تاریخی قدیمی آنها است بااینکه ملاحظه‌میشود بعضی علمای‌حقوق قدیمی‌انگلیس ماننداکاللور ومانسقلید وبعضی علمای حقوق جدید مانند نونفلید وفرید مان‌برای اصلاح نظریه عقد ضمنی وشبه عقــد و کماردن اصل کسب غیرقانــونی بجای آن کوشش‌هائی‌نمودندولی‌اقدامات آنهادرمحیط‌اجتهادات‌قضائی‌انگلیسی بجائی‌نرسیده بلکه رجال قضائی‌آن کشور درعمل پیروی از نظریه محافظه‌کاری و تقلیدی قدماء خود نمودند .

# فصل دوم

## مبنای حرمت اخذ مال غیر در شریعت اسلام

درصورتیکه تصرف درمال غیر بدون اجازه مالك یا قائم‌مقام او جائز نیست بطریق اولی دریافت مال غیر بدون سبب شرعی جائز نیست واین ضابط کلی در شریعت اسلام مستند بادله صریحه میباشد در کتاب وسنت .

اما در کتاب کریم صریحاً نهی از اکل مال بباطل شده بموجب آیه شریفه **لاتاکلوا اموالکم بینکم بالباطل** امادرسنت حدیث‌شریف‌است که دریافت‌نکنید متاع رفیق خودرا بطور شوخی یاجدی واگر دریافت کردید باید آنرا بصاحبش‌رد کنید وروایت شریفه‌دیگر که فرمود**علی‌الیدما اخذت حتی تؤدی** وباستنادهمین ادله صریحه‌است که قاعده کلی درمجامع والمجله مقرر شده باینکه جائز نیست براحدی اخذ مال غیربدون سبب شرعی .

## اسباب تملك

اسباب تملك درمذاهب وفرق اسلام باختلاف مذاهب مختلف است .

المجله اسباب تملك را سه چیز دانسته ودر ماده ۱۲۴۸ چنین مقرر داشته .

اول نقل از مالك بیکی ازعقود ناقله مانند بیع وهبه وامثال اینها .

دوم انتقال قهری مانند .ارث

سوم حیازت اشیاء مباحه که مالکی ندارد .
قسم اخیر ازاسباب تملك بردونوع است .
نوع اول حیازت حقیقی مانند گرفتن کبوتر .
دوم حیازت حکمی و آن عبارت ازفراهم نمودن اسباب حیازت‌مال مباح مثل گذاردن ظرف زیر باران برای جمع‌آوری آب باران یانصب تله برای صید .

بنابراین درشریعت اسلام اخذ مال غیر باید بیکی از اسباب قانونی مزبور باشد درغیر اینصورت اکل مال بباطل یااخذ مال بدون سبب شرعی است که‌واجب است ردان بصاحب مال اعم ازاینکه اخذ آن بقصد سرقت مخفیانه انجام شود یا علناً آنرا غصب کندبهر نحو که بدست‌آورد بدون سبب قانونی ضامن است‌ومکلف برد آن بصاحبش میباشد .

## انطباق قاعده عدم جواز تصرف درمال غیر یا قاعده کسب غیرمشروع

قاعده‌عدم جوازتصرف درمال غیربدون سبب اوسع ازقاعده کسب غیرمشروع میباشد زیرا عدم جواز تصرف درمال غیر شامل جمیع تصرفات وانواع اخذ بدون سبب میشود دراینصورت آیا میتوان قاعده عدم جواز تصرف درمال غیر را درحقوق مدنی اسلام قائم‌مقام قاعده کلی کسب غیرمشروع درسایر قوانین دانست یاخیراین سئوال دقیقی‌است‌و قبل ازپاسخ آن‌مقتضی است بیان کردن مواردی که غالباً کسب غیرمشروع میشود و پس از آن در مبدء و عنوان عامی که شامل آن موارد میشود بحث نمائیم تا جوابی که منطبق باسئوال گردد داده شود .

وقبل ازشروع باین قسمت ناچار ازتذکر میباشیم که موارد استشهاد ما در مسئله متخذ ازکتاب المجله است که موافق بامذهب‌حنفی‌است ازاین جهت‌ممکن استدرحکم بعض امثله بامذاهب دیگراسلامی اختلاف باشد ولی مقصود ما ازامثله جواز استشهاد محض وبیان قاعده است .

## دفع ما لا یجب

مرادازدفع مالایجب تسلیم واجب شرعی صحیح است که برعهده تعلق گرفته بسبب و موجب قانونی بنحوی که اگربدون آن موجب پرداخت میشد واجب بود بر گیرنده آن رد آنچه گرفته ·

زیرا درآنصورت اخذ مال بدون سبب شرعی بوده اینست معنی قاعده کلی درمجامع حقوقی باینکه هر کسی بدست آورد چیزی را بدون سبب شرعی واجب است آنرا بصاحبش رد کند .

## دفع مالایجب بچند وجه محقق میشود

اول بسبب اشتباه . دوم بسببی که محقق نشده . سوم بسبب غیرصحیح امثله هریك ازاین وجوه بیان خواهد شد .

## بسبب اشتباه

ماده ۷۲ المجله در این مورد قاعده کلی نقل کرده که قاعده مزبوراز کتاب اشباه و نظائرابن نجیم اخذ شده باینکه لاعبرة با الظن البین خطائه اعتباری نیست بگمانی که خطاءان ظاهرشود بنا براین قاعدهاگر کسی گمان برد که مدیون دیگری است و دین ظنی خود را پرداخت کند پس از آن معلوم شود که مدیون نبوده بر گیرندهوجهواجب است آنچه گرفته بر گرداند و ازاین قبیل است اگرمدیونی دین خودرا پرداخت کند پس ازآن معلوم شود که وکیل مدیون قبلا دین او را پرداخت کرده و نیز تابع این حکم است اگر کسی خانه‌ای خریداری کند و قیمت آنرا بفروشنده پرداخت نماید پس ازانجام معامله معلوم‌شود خانه مورد معامله قبلا بیکی ازاسباب ناقله بخریدارانتقال یافته بود بدیهی است در موارد فوق سبب لزوم‌رداشتباه و خطا بوده است و دفع مالایجب لازم‌چه‌ازروی قصد واقع شودو چه فضولة ازطرف

غیر بوده که حکم آن در باب فضولی گذشت و چنانچه تبرعی بوده باشد مجوزی برای استرداد آن نیست چون تبرع یکی ازاسباب تملك است پس ازقبض متبرع حق رجوع بتبرع راندارد بشرط آنکه شرایط تبرع در آن جمع باشد حتی بنابر بعض مذاهب قبل ازقبض هم متبرع حق رجوع بتبرع ندارد چنانچه درمحل خود بیان خواهد شد .

ابن شحنه درشرح رهبانیه گفته هر کسی بدهد بدیگری چیزی را که بر دهنده واجب نبوده حق استرداد آنرا دارد مگر آنکه آن چیزرا هبه کرده باشد .

دوم ازوجوه تحقق مالایجب پرداخت بدون غرض صحیح است چون پرداخت هروجهی بدیگری باید مستند بغرض مشروع عقلائی باشد بنا براین اگر کسی پولی یامالی بدیگری بدهد بغرض فاسدی حق استرداد آن مال رادارد مانند رشوه کـه راشی حق استرداد رشوه را بموجب همین قاعده ازمرتشی دارد .

سوم ازموجبات تحقق دفع مالا یجب پرداخت بسببی است که انجام نشده .

درمجامع فقهی ذکرشده اگرسبب وغرضی که موجب پرداخت پول یا مـال بدیگری میشود مشروع باشد مادامی که آن غرض باقی است دهنده وجـه حق استرداد آنرا ندارد لکن اگرغرضی که بسبب آن مال را پرداخته انجام نشودیا غرض موضوعا منتفی شود حق استرداد وجه پرداختی رادارد . وچنانچه مقداری از عمل مقصود انجام شده باشد عامل بهمان نسبت مستحق اجرت المثل است .

درماده ٤٦٧ المجله تصریح شده اگرمال الاجاره تمام مدت بموجر پرداخت شده باشد مستأجر حق استرداد آنرا ندارد زیرا پرداخت اجرت بغرض موجودبوده ولی اگردربین مدت اجاره فسخ شود بمذهب حنفی موجرمکلف است اجرت باقیمانده مدت رامسترد دارد بسبب فوت غرض مقصود مثل اینکه طباخی اجیرشود بـرای طبخ درمجلس عروسی بسبب فوت یکی اززوجین موضوع عروسی منتفی شودآنچه ذکرشد بطور کلی شامل مواردی میشود که عقد باطل یافسخ شود دراین صورت در هرموردی که عقد باطل یافسخ شود هریك ازمتعاقدین مجازهستندآنچه از آن بابت

بطرف پرداخته مسترد دارد البته این حکم تابع شرائطی است که این شروط هم باختلاف موارد ومذاهب مختلف است واهم این موارد عقد صغیرومحجوراست بسبب اهلیت چون صغیرومحجورحق مداخله درمعامله نسبت باموال خودندارندو نمیتوانند مستقیماً طرف معامله واقع شونددراینصورت اگر کسی پولی بغیر قرض بدهدمادامی که آن پول دردست صغیراست وتلف نکرده حق استردادآنـرا دارد وهمچنین در مذاهبی که معامله صغیرراموقوف باجازه ولی میداند چنانچه ولی یاقیم صغیر معامله اورا اجازه نکند مادامیکه ثمن معامله دردست صغیرتلف نشده طرف معامله حـق استرادآنرا دارد.

مگر آنکه پول تلف شده یابمصرف امری ازامورضروری صغیر صرف شده باشد.

احکامی که درهریك ازطرق تحقق مالا یجب ذکرشد شباهت بقوانین اروپائی که قبلا اشاره شد دارد بخصوص بمقررات دعاوی انتفاء سبب رومانیها مـانند حـق استرداد بدعوی اشیاء یابدعوی عدم تحقق سبب یاعدم صحت سبب .

## تعویض مثل

عوض بردو قسم است عوض مسمی و عوض مقدر

عوض مسمی عوضی است که هنگام عقد قرارداد معامله طرفین بر آن اتفاق میکنند .

عوض مقدر که اصطلاحاً بآن عوض مثل هم میگویند عوضی است که متعارف میباشد ، درمقابل عمل انجام شده یاشیئی تسلیم شده بدیهی است این عوض درمواردی مصداق پیدا میکند که هنگام انعقاد عقد عوض تعین نشده باشد یابفرضی که ضمن عقد ذکرشده باشد آن عقد فاسد یا قانونا متحقق نشده باشد .

چنانچه درماده ٤١٤ المجله اجرت المثل را تعریف کرده باینکه اهـل خبره آنرا تعیین نمایند وا گر اجرت بنظرمقومین مختلف بود حـد وسط مناط اعتباراست .

در قوانین انگلیسی اگر کسی ملزم بانجام عملی شود وانجام ندهد یابرخلاف قرارداد عمل کندحق مطالبه اجرت عمل خودراندارد مگر آنکه از نحوه عمل مستفاد شود که مطالبه‌اومستندبعقدضمنی است .

درشریعت اسلام هم مواردی یافت میشود که شبیه باین نظریه حقوقی انگلیسی میباشد اما نه‌آنکه مستند بعقد ضمنی باشد مابعضی آن موارد را بترتیب ازالمجله نقل میکنیم ممکن است ازجنبه ولحاظ ربطی که موارد مزبور با عقد وشبه عقددارد بچند قسمت تقسیم شود .

قسمت اول عقد ضمنی دوم تمدید عقد سوم مخالفت باعقد

چهارم عقد فاسد

# قسمت اول

## عقد ضمنی واشباه آن

المجله موارد بسیاری درباب اجاره عقود ضمنیه ذکر کرده که مستاجرملزم بپرداخت اجرت‌المثل میباشد اینك اهم آن موارد نقل میشود .

ماده ۴۳۷ مقررداشته کسیکه بدون قرارداد بکشتی یاکالسکه یامرکوب کرایه سوارشود متعهد است اجرت المثل اورا بدهد.

ماده ۵۲۳ المجله کسیکه بدون قرارداد بنا یاصنعتگری رامأمور احداث بنا یاصنعتی نماید متعهد است اجرت المثل عمل اورا بدهد .

ماده ۵۲۹ نیزمقررداشته اگر کسی بدون قرارداد فرزند خودرا باستاد بـرای تعلیم صنعتی بسپارد پس ازتعلیم صنعت اگریکی ازدیگری مطالبه اجرت نمایدطبق عرف وعادت محل عمل میشود بطوریکه ملاحظه میشود درمواردی که ذکر شد و امثال این موارد عقد صریحی که طرفین بموجب آن عقد اتفاق بـراجرتی کـرده باشند نیست لکن عقد ضمنی حقیقی مبتنی برایجاب وقبول بین طرفین موجوداست اعم ازاینکه بتعاطی فعلی یاعرف وعادت رجوع شود بنا براین مستند اجرت دراین موارد عقد ضمنی است زیرا سبب التزام دیگری دربین نیست مع الوصف ناچار از تسلیم بوجـود عقد ضمنی میباشیم و عیبی هـم‌ندارد که نظریه فوق از جنبه کسب غیرمشروع تقویت‌شوددرهرصورت امثله‌ای که ذکرشد بمنظورمطابقه‌نقل گردید با اینکه مواردديگری هم موجود است که راهی درآن موارد برای تأویـل بعقد حقیقی نیست .

ازآن جمله حق اجرت المثل عمل ناظر بروقف که ضمن عقد بدون تعیین اجرت بنظارت تعیین شده میباشد ونیز درماده ٤٧٤ المجله مصرح است که اگر کسی عمل کند درمال دیگری که مستعد استقلال وانتفاع است باید اجرت المثل ملك رابدهد.

این دومثال شبیه بمواردی هستند که تأویل بعقد ضمنی گردیده لکن تاویل مزبورصحیح نیست وچنانچه مستند بکسب غیرمشروع شود صحیح است.

## قسمت دوم

## تمدید عقدسابق با مخالفت باعقد

در بعض موارد است که مدت عقد اجاره تمام میشود ولی یکی از طرفین عقد بموجب ضرورت واضطراردرموضوع منتفع میشود دراین صورت قهراً تبعیت از آثار عقد سابق خواهد شد و طرف‌عقد دراین موارد حق مطالبه اجرت‌المثل مدت‌اضافی را دارد استحقاق اجرت دراین موارد نتیجه تمدید بعض آثارعقد سابق است .

این تمدید آثارازباب تشبیه بعمل سابق نمیتواند باشد زیرا استحقاق اجرت مبتنی و محدود بقدر اضطراراست و بدلی که منتفع ملزم بپرداخت آنست برسبیل معاوضه است نه بدل مسمی‌چون وجوب رد اجرت مستند بعقدنیست زیراعقدتجدید نشده پس اجرت مستند بقاعده کسب غیر مشروع میباشد چنانچه ماده ٤٨٠ المجله مقرر داشته‌اگر کسی زورقی‌را برای مدت‌معین اجاره کند دربین‌راه مدت تمام‌شود قهراًعمل‌اجاره‌تاوصول‌بمقصدادامه خواهدیافت دراینصورت مستأجربایداجرت‌المثل انتفاع اضافی را بدهد بدیهی است نسبت بمدت‌اضافی آنچه مستأجرملزم‌بپرداخت میباشد اجرت المثل نیست بلکه اجرت‌المسمی است .

همچنین است حکم زمین که‌بعاریه برای زراعت درمدت‌معینی واگذار شود چنانچه‌قبل‌ازبرداشت‌محصول‌مدت‌عاریه‌تمام شود نسبت‌بمدت‌اضافی‌تابرداشت‌محصول مستعیرمکلف است اجرت‌المثل بدهد و حال آنکه عاریه اصولا مجانی است .

درمورد عاریه و اجاره وامثال‌این‌موارد مالك حق ندارد مستعیریا مستأجررا باستناد گذشتن مدت‌ملزم ببرداشت زرع‌نماید قبل ازرسیدن محصول این حکم‌بنا بر

مذهب حنفی برخلاف قیاس است زیرا مقتضای قیاس قلع‌زرع میباشد در آخر مدت اجاره و اعاره لکن چون رفع ضرراززارع مستحق لازم است بخصوص اگردرعرف و عادت محل برای‌رسیدن‌محصول وقت‌ومدت معینی باشد در اینصورت عدم الزام قلع و برداشت محصول مستندباستحسان میباشدبدیهی‌است این‌حق که‌بمستعیرومستأجر داده میشود بغاصب ظالم که درملک‌مغصوب‌زراعت کرده داده نمیشودزیرا عمل‌غاصب مسبوق بظلم‌است لذا واجب‌است قلع زراعت او درهروقت که باشدباتوجه‌بمراتب مذکوره واضح میشود که تبعیت ازعقد سابق پس از گذشتن مدت خلاف مفاد عقد است ازلحاظ مدت زیرا عقد محدود بوقت و مدت بوده لکن در نحوه عمل شرائط دیگری هم بوجود میآید که سبب مخالفت بامفاد عقد بشود مثل آنکه نسفی در کنزالفقه گفته‌اگر کسی‌پارچه‌ای‌بخیاط بدهد که آنـرا پیراهن بدوزد خیاط بر خلاف دستورجامه دیگری بدوزد دراین مورد صاحب پارچه مخیّراست قیمت‌پارچه را ازخیاط مطالبه کند یا جامه دیگری که‌دوخته است قبول نماید و اجرت خیاط را بدهد دراین فرض اجرت عمل خیاط مستند بعقد نیست بلکه ازباب استحسان و اتفاق خواهد بود .

## عقود فاسده

درمذهب‌حنفی بعض‌ازعقودجنبه مخصوصی‌بخود گرفته‌یعنی‌برزخ‌بین صحیح وباطل‌میباشدبطور کلی‌این‌قسمت‌ازعقوداصولامشروع‌و قانونی‌است‌لکن‌وصفاًمشروع نمیباشد باین معنی که عقدباعتبارذات‌صحیح‌است‌ولی باعتبار بعض‌اوصاف‌صحیح‌نیست چنانچه ماده۱۰۹ ازاهم اسباب‌فساد در عقود جهالت در معقودعلیه است مثلا در عقد بیع مبیع‌غیرمعلوم باشدآنکه مبیع مشخص‌باشدلکن ثمن‌اوتعین‌نشده باشد یا آنکه درعقد اجاره‌اجرت‌بنحویکه‌رافع‌غرروجهالت باشدتعین‌نشده باشدیا آنکه‌ملک‌صغیررا باقل‌اجرت‌متعارف بکسی‌اجاره داده‌باشند .

بعضی ازاین عقود بوسیله قبض‌منقلب‌بصحت‌میشود مانند عقدبیع و قرض‌پس

ازتسلیم مبیع بمشتری و موضوع قرض بمستقرض رفع جهالت شده و عقد منقلب بصحت میگردد .

بعض دیگر ازعقود هم دراکثر احکام نزدیك بصحت میشود مانند عقد رهن قسمتی هم ازعقود هستند که اصولا قابل انقلاب نیستندمانند شرکت واجاره وامثال اینها حکم این قسمت چه خواهد بود پاسخ سئوال مزبوراینست کـه دراین قسمت ازعقودی کـه انقلاب نیست ناظـر بمعاوضه مشروطه نمیباشیم یعنی بدل مسمی را بفرض وجودان درعقدمستحق نیست بلکه‌استحقاق اجرت المثل‌را دارد بشرط آنکه اجرت‌المثل زائد براجرت المسمی نباشد .

ولی درشرکت اگرعقدصحیح باشد شرط تفاضل درتقسیم ربح رعایت میشود لکن اگرعقد شرکت صحیح‌نباشد تقسیم ربح بمقداررأس المال خواهدبودوبفرض اخیراگرشرط تفاضل برای یکی ازشرکاء شده باشدصحیح نیست درماده ۱۳۶۷و ۱۳۶۸ المجله مصرح استهمین‌حکم عینا درموردعقودمساقات و مزارعه ومضاربـه فاسده میباشد .

که عامل مستحق اجرت المثل است واگرشرط تفاضل برای یکطرف شده باشد معتبرنیست اما دراجاره‌فاسده بمجرد قدرت‌برانتفاع اجرت برمستأجرواجب نمیشود بلکه ملاك استحقاق انتفاع حقیقی است واجرتی که مالك مستحق آنست دراجاره فاسده اجرت المثل خواهد بود مثل اینکه کسی استیجار کند استادی را برای تعلیم صنعتی درمدت معین بمحض انعقاد عقد استاد مستحق اجرت‌المثل‌است بشرط مهیا بودن برای تعلیم اعم ازاینکه شاگرد برای فراگرفتن حاضر بشود یانه ولی اگردرضمن عقد اجاره ذکرمدت نشود اجاره فاسد است در اینصورت با وصف فساد عقد اگراستاد تعلیم دهد شاگرد رااستحقاق اجرت المثل عمل خود را دارد و در صورت عـدم تعلیم ولـو شاگـرد مهیا برای فرا گرفتن باشد استاد استحقاق اجرت المثل راندارد چنانچه ماده ۵۶۸ المجله باین موضوع تصریح کرده ( مقصود

المجله ازاجرت دراین ماده اجرت المثل است .

ماده ٤٤١ المجله مقررداشته اجاره دادن ملك موقوفه یامال صغیر باقل از اجرت واقعی موجب فساد عقد اجاره است دراینصورت مستأجر مکلف است اجرت المثل واقعی ملك رابدهد .

مواردی که ذکرشد تماماً متخذ ازالمجله و کتب فقـه حنفی میباشد لکن مبدء انتشاراین احکام منحصر بفقه حنفی تنها نیست بلکه سایرمذاهب اسلامی باتفصیلی که فائده ای برذکر آن مترتب نیست در کتب فقهی خود ذکر کرده اند برای توضیح مطلب ناچارازاشاره باسباب فساد درمذهب حنفی که مبتنی بر جهالت است بـودیم ولی قانون اصول محاکمات حقوقی عثمانی درماده ٦٩ ازاحکام ومقررات المجله دراین مسائل عدول کرده که تفصیل آن درباب خودخواهد آمد درهرصورت بطوریکه درامثله مذکوره ملاحظه شد درعقود فاسده وجود عقدضمنی باحالات واوصاف دیگر شبیه بآن ازتمدید عقد یامخالفت عقد تحت قاعده وعنوان واحدی جمع میشود که عوض مورد تعهد عامل اجرت المثل است بنا براین مصدرالتزام درتمام این مـوارد جز کسب غیرمشروع چیزدیگری نمیتواند باشد .

## انضمام

یکی ازاسباب معروف تملك انضمام ناشی ازانتقال دوچیز ازمالك مختلف یا اختلاط دوچیز بصورتیکه تمیز آن دو ازیك دیگروجدا نمودن آنها بـدون خسارت ممکن نباشد واین انضمام درمورد بناوغرس اشجار درملك غیر بخوبی مشهودمیباشد.

انضمام تفسیرمیشود بقاعده کلی اساسی که **التابع تابع وان الفرع یتبع الاصل** تفصیل قاعده انضمام ازجهت تغییرحاصله دراشیاء منضمه یامختلفه مربوط باسباب تملك است که اینك ازبحث ماخارج است ولی چون تملك ملك غیرباستناد انضمام دربعض موارد ملازم باجبران خسارات وارده میباشد وخسارات هم باختلاف موارد و مذاهب مختلف است دراینجا مسائلی برسبیل اشتهاد نقل میشود .

اول(۱) ماده ۹۰۲ المجله مقرر داشته که اگر ملك کسی بدون قصد ازمدار خارج شودمثل اینکه باغی درپایه کوه واقع شده باشدوباغ دیگری درمرتبه بالاتر دراثر حوادث باغی که در مرتبه بالاتراست درباغ دیگرسقوط نماید دراینصورت هر کدام ازباغات که قیمت آن زیادتر است ملاك ضمان صاحب آن میشودو بعلت انضمام مکلف بپرداخت قیمت باغ دیگری میباشد.

(۲)همچنین است اگر جواهری را که قیمت آن پانصد دینار باشد مرغی که قیمت آن یکدینار است بلع نماید صاحب جواهر باید قیمت مرغ را بدهد وآنرا ذبح نموده جواهررا خارج کند همین مضمون درفتاوی هندیه نقل شده که اگرشتری جواهری را بلع نماید در صورتیکه قیمت جواهرازقیمت شترزیادتر باشد صاحب جواهر حق دارد قیمت شتررا بمالك آن بدهد و آن را ذبح نماید برای اخراج جواهر در صورتیکه قیمت جواهر کمترباشد صاحب جواهر حقی ندارد.

دوم اگر کسی مالی را غصب کند و تغییردهدبعض اوصاف مغصوب را یا آنکه چیزی ازمال خودبرمغصوب اضافه نماید مثل اینکه در پارچه یا لباس تغییرصورت یا رنگ دهد.

درحکم این مسئله بین فقهاو مذاهب اختلاف است بمذهب شافعی وحنبلی غاصب ومالك نسبت بمغصوب شریك میشوند هریك نسبت بملك خودمالك نسبت بعین غاصب نسبت برنگ و اگردراثر رنك آمیزی لباس اضافه قیمت پیدا کندمتعلق بمالك است وچنانچه دراثر.

---

۱ـ بمقتضای قاعده درفرع مذکورهیچکدام ازمالکین دوباغ بردیگری حق غرامت ندارند .چون سقوط ازروی قصد نبوده

(مترجم)

۲ـدرمثال جواهرو مرغ یاشترمقتضای قاعده تعارض ضررین وازاله اشدباخف میباشد وجمع بین حقین اینست که قیمت اخف رااشد بدهدودرصورت تساوی مرجع قرعه یا حکم حاکم است (مترجم)

تغییر کسر قیمت حاصل شود نقص بعهده غاصب است بنابراین دو مذهب جائز است که غاصب اگر بخواهد درصورت امکان رنگ را ازجنس زائل نموده برداشت نماید و چنانچه در اثـر زوال رنگ نقصانی بپارچه وارد شود غاصب ضامن نقص است .

اما بمذهب فقهای حنفی و مالکی مالك دراینصورت باید قیمت رنگرا بغاصب بدهد و مغصوب را استرداد کند یاآنکـه قیمت مغصوب را ازغاصب دریـافت دارد بطوریکه ملاحظه میشود ضمان قیمت رنگ ازنوع کسب غیر مشروع است .

سوم بنا و غرس اگردر زمین مغصوب غاصب احداث بنا یا غرس اشجاری نماید بمذهب شافعی و حنبلی هریك ازمالك و غاصب حق درخواست برداشتن ساختمان و کندن اشجاررا دارند بشرط پرداخت خسارت وارده بر زمین وهیچیك ازمالك وغاصب حق ندارند دیگری را اجبار با بقای اشجاریا بنا نمایند .

اگرمالك زمین درخواست تملك بنا یا اشجاررا بنماید و غاصب هم قبول کند باید مالك قیمت بنا یا اشجاررا بغاصب بدهد .

اما برمذهب مالکی صاحب زمین مخیراست دراینکه غاصب رامأمور ببرداشتن و کندن درخت نماید .

یا آنکه بنا و اشجاررا تملك نماید و قیمت اشجار کنده شده و بناء برداشته شده راپس ازوضع اجرت کندن درخت وخراب کردن بناء بغاصب بدهد .

مذهب حنفی دراین مسئله نزدیك بمذهب مالکی است با اختلاف کوچکی حتی بعضی ازمتاخرین از فقهای حنفی فتوی دادند باینکه صاحب زمین حق تخریب بناو کندن اشجاررا داردبشرط اینکه قیمت مستحدثات ازبناء واشجار کمتر ازقیمت زمین باشد ولی اگر قیمت بنا واشجارزیادتر باشدغاصب مکلف است قیمت زمین را بدهدوآنرا تملك نمایدولکن این قول مخالف است باآنچه فقهای حنفی فتوی داده اند زیرا قول مختار درمذهب حنفی آنست که المجله اخبار کرده ماده ۹۰۶ المجله

چنین مقرر داشته اگردر زمین مغصوب غاصب احداث بنایا غرس اشجار کند غاصب مجبور بکندن اشجار و برداشتن بنامیشود وچنانچه برداشتن بناو کندن اشجار مضر بزمین باشد مالك میتواند قیمت مستحدثات را باوصف اینکه استحقاق برداشتن و کندن بنا و اشجاررا دارد بغاصب بدهد و آنرا تملك نمایدواگر قیمت بنا و اشجار از قیمت زمین زیادتر باشد وبانی بگمان اینکه بسبب شرعی احداث بناوغرس شجر نموده مثل اینکه عرصه ازپدر بارث باومنتقل شده یا پس از احداث بناوغرس شجر زمین مستحقاً للغیر بیرون آید دراینصورت بانی قیمت عرصه را بمالك میدهد و آنرا تملك میکند . و همین است حکم مسئله درقانون لبنانی سوری بافرق کوچکی .

ماده ۱۳۱۳ لازم دانسته عوض کسب غیر مشروع را درتعمیر ملك مشترکی که قابل قیمت نیست مانند طاحونه وحمام زیرا مقرر داشته که اگر کسی تعمیر کند ملك مشترکی را بدون اذن مالك یاحاکم تعمیر کننده نباید آنچه راصرف بناوتعمیر کرده درنظر داشته باشد ومطالبه کند بلکه مستحق ما به التفاوت قیمت حاصله در ملك میباشد بحصه شریك .

---

بنا برمذهب امامیه جائز است باتراضی غاصب مغصوب منه قیمت مصالح ابنیه احداثی یا اشجار کنده شده را بصاحب آن بدهد وآنرا تملك کند ودرصورت عدم تراضی هیچیك از مالك وغاصب حق اجبار دیگری را بدریافت قیمت ندارند اعم ازاینکه عرصه یا اعیان زیاد تریا کمتر باشد.

واعم ازاینکه تخریب بنا و کندن اشجار مضر باشد یانباشد واعم ازاینکه غاصب عالم بغصب باشد یانباشد چون سبب وملاك ضمان درغصب قاعده یداست وقاعده مزبور مقید بعلم وجهل نیست تنها اثر علم درغصب ایجاد حکم تکلیفی است بروجوب ردان لکن تصورو گمان وجود سبب شرعی مفید حکم وضعی نیست واحکام وضعیه درهرحال بقوت خود باقی است مثلاً اگر کسی لباسی را بگمان اینکه ملك خودش میباشد بپوشد تا مندرس شود پس ازاندراس براومعلوم شود که ملك غیر بوده است مکلف است قیمت لباس رابصاحب آن بدهد (مترجم)

مختارالمجله‌درهمان اثراء بدون سبب شرعی‌است وهمین مبنی ملاك عوض کسب حاصل میباشد .

چهارم زرع درموضوع زراعت درملك غیر بین فرق و مذاهب اسلامی خلاف است که مامتعرض آن اختلافات نمیشویم و اکتفا بحدیث شریفی که در باب وارد است مینمائیم کسیکه زراعت کند در زمین غیر بدون اذن صاحب زمین زارع را حقی برزرع نیست ومستحق مخارجی است که‌نموده .

معنی حدیث اینست که زارع حقی بزراعت ندارد زراعت بنفع مالك است وغاصب اجرت‌بذروعمل خودرا مستحق میباشد بنابرمذهب حنفی اگر زارع غاصب باشدصاحب زمین‌حق‌دارد پس ازروئیدن زراعت آنراقلع‌نماید باهمه‌اختلافی که در مذاهب اسلامی و تفاصیلی که درمسئله ذکرشد خلاصه‌ای که از مجموع نظریات و اقوال بدست آمداین‌بود که هر کسی که کسب نماید چیزی یا مالی رابحساب غیر بسبب‌انضمام یاالحاق کاسب بطور کلی بایدمخارجی راکه اکتساب نموده‌بدهد .

## بر گشت‌بقاعده کلیه

آنچه‌ذکرشداهم مواردی‌میباشد که مبتنی برقاعده کسب غیر مشروع میباشد مسائلی که مرجع آنها کسب غیـر مشروع است منحصر بمواردی که ذکـرشد نمیباشد بلکه‌اینهامواردی بود که پراکنده‌درابواب مختلفه‌فقه بودوما بآنهابرخورد کردیم واکتفانمودیم بآنچه ذکرشدبرای آنکه ازقاعده کلیه که موضوع بحث ما

---

۲ـ بمذهب‌امامیه کسیکه بدون اذن‌مالك یاحاکم تصرف درملك غیرنموده‌وعمران نماید متبرع است مگردرحالات استثنائی وضروری وقاعده مسلم درباب شرکت‌آنست که اگرشرکاء اتفاق برتعمیریا سکونت یاغیرآن‌درملكِ مشترك نکنند مرجع حاکم‌است که بین‌آنها حکومت نماید واگرتصرف نماید یکی ازشرکاء درمال مشترك بدون اذن مالك یاحاکم تصرف اوباطل است ومستحق اجرت نمیباشد واین قاعده در تمام اموال مشترك جاری است (مترجم)

میباشد خارج نشده باشیم و اینك رجوع میکنیم بقاعده کلیه عدم جواز اخذ مال غیر بدون سبب شرعی ومابیان کردیم اسباب کسب مشروع راوعلاقه بتفصیل آن نداریم اما آنچه ازحاصل اکتساب محتاج بعوض است مختلف است .

بااختلاف اسباب آن اگر نتیجه سبب شرعی باشدمانند عقدوامثال آن همان خود عقدملاك و معیار عوض است زیرا درخود عقدلزوم عوض وعدم لزوم ومقدار وشروط عوض معین میشود بنابراین نفس عقد مصدرالتزام و ضمان میباشد در اینصورت عقود و جرائم هردو از مصادر استقلالی التزام هستند که تفصیل آنها در آینده بیان خواهد شد .

درمواردی کهاکتساب نتیجه عمل فضولی است احکام آن در فصول سابق بیان شدو ملاحظه شد که در باب فضولی مذاهب و نظریات مختلفه ایست و اینکه عمل فضولی مصدری ازمصادرالتزام است باراده فضول تنها .

سوای این مصادر که هریك دارای احکام خاصه بخود میباشند موارد دیگری هم میباشد که نتیجه آنها کسبی است که سبب مشروعی ندارد وطریقه ای هم باستثناء اکتساب بسبب غیرمشروع برای اقامه دعوی علیه کاسب نیست آیادرشریعت اسلام قواعد کلیه ای که بمنزله اثراء بدون سبب درقوانین جدیدباشد یافت میشود یانه این سئوالی است که جواب آن شایسته بحث است که در خاتمه این مبحث بحث خواهیم کرد ودر فصول سابق گفته شد که درشرع اسلام موارد معینه بسیاری است که درنتیجه کسب غیر مشروع التزاماتی ثابت میشود مانند استرداد آنچه گرفته شده بدون سبب ومجوز شرعی ودرموارد کسب بسبب الحاق یاانضمام وامثال اینها وناچار ازاعتراف میباشیم که درشریعت اسلام قسمتی ازاکتسابات رابعنوان تبرع ازعوض معاف دانسته وامثله بسیاری ازاین قسمت را درباب فضولی و حکم تصرفات فضولی ذکر کردیم لکن در مذهب حنفی گفته شده حکم تبرع درجمیع مذاهب اسلامی موردقبول قرارنگرفته چنانچه درخاتمه مبحث فضولی از قول ابن قیم وبعضی دیگر نقل شد بنابراین بحکم بعضی از مذاهب تبرع در بعضی مواردسبب خروج ازقاعده کلیه عدم جواز تصرف درمال غیر

بدون سبب شرعی نمیباشد و تبرع همانطوری که میدانیم خود یکی از اسباب تملك شرعی است .

اگر کسی بگوید که این نوع ازتبرع از فرضیات شرعیه است وموجب رضا درارکان عقد تبرع حقیقی نمیباشد جواب گفتــه میشود وجود شرع و قانون فی‌نفسه سببی ازاسباب ومصدری ازمصادر التزام میباشند.

خلاصه آنکه گرچه التزام‌بسبب غیر مشروع ازعناوین کلیه درشریعت اسلام شمرده‌نشده‌لکن‌سوای‌بعضی‌ازمستثنیات که‌مبتنی بر بعضی‌مذاهب‌اسلامی میباشدمنعی ازاینکه آنرایکی ازمبادی فقه اسلامی بدانیم نخواهیم‌داشت واین قاعده کلیهٔ کسب بسبب غیر مشروع شباهت تامی باقاعده کلیه‌عدم جواز تصرف درمال غیر بدون‌سبب شرعی درفقه‌اسلامی داردزیرااین‌قاعده درفقه‌اسلامی‌شامل‌انواع تصرف‌غیرمجازبطور مطلق میشود قاعده کلیه کسب بسبب غیر مشروع موافق با عدل است و از مبادی مسلمه‌ایست که موافق بامفاد دستور کریم الهی **لاتأکلوااموالکم بینکم بالباطل** میباشدزیراچه باطلی ظالمانه‌تر ازاکتساب بمال غیراست بدون مجوزشرعی‌شریعت اسلام‌شریعتی‌است که‌درباره آن‌خوب گفته‌شده .

**هی‌عدل کلها و رحمة کلها ومصالح کلها وحکمة کلها .**

# قسمت دوم

## در تصرفات فعلی و اعمال مباح

# باب اول

# عوض در خیانات و غصب

## فصل اول

### کلیات

ازمسلمیات است که قوانین موضوعه درهر قوم وملتی مظهری ازحیات اجتماعی آن قوم و ملت است زیرا اوضاع واحوال و عادات اجتماع قوانین را بوجود میآورد لذا بموازات تحولاتی که بمرور زمان درسطح اخلاقی واوضاع و احوال اجتماعات رخ میدهد قوانین موضوعه نیز تغییر میکند .

این توازن تحول اخلاق وقانون درحیات اجتماعی ملل بقدری قوی ومحسوس است که تبدل احکام بتبدل اعصار وامصار قاعده کلی و ثابتی شده و جای تردید نیست که این نسبت و ارتباط قانون و اخلاق اجتماعی درقوانین متفاوت است زیرا بعضی انواع قوانین ارتباط بیشتر با اوضاع واخلاق اجتماعی ملل دارد مسلماً ازاین قوانین است قوانین جزائی چون وقوع جرائم بانواعه تناسب مستقیم باخصوصیات روحی واخلاقی افراد اجتماع دارد و خصوصیات روحی ملل واقوام نیز متفاوت است و با گذشت زمان هم تغییر میکند وضع قوانین هم تابع عادات و اخلاق و تقالید اجتماع میباشد .

لذا جای دارد که گفته شود مقررات هرقوم و ملتی آئینه تمام نمای عادات و اخلاق آن قوم وملت است

---

مطلبی که مؤلف بعنوان علت تغییر قوانین ذکر نموده ازنظر قوانین بشری صحیح است لکن نمیتوان درقوانین اسلامی این مطلب راذکر کرد زیرا قوانین اسلامی تراوشات

بقیه حاشیه درصفحه بعد

# باب اول

# عوض در خیانات و غصب

## فصل اول

### کلیات

ازمسلمیات است که قوانین موضوعه درهر قوم وملتی مظهری از حیات اجتماعی آن قوم و ملت است زیرا اوضاع واحوال و عادات اجتماع قوانین را بوجودمیآورد لذا بموازات تحولاتی که بمرورزمان درسطح اخلاقی واوضاع و احوال اجتماعات رخ میدهد قوانین موضوعه نیز تغییر میکند .

این توازن تحول اخلاق وقانون درحیات اجتماعی ملل بقدری قوی ومحسوس است که تبدل احکام بتبدل اعصاروامصار قاعده کلی و ثابتی شده و جای تردیدنیست که این نسبت و ارتباط قانون و اخلاق اجتماعی درقوانین متفاوت است زیرا بعضی انواع قوانین ارتباط بیشتر با اوضاع واخلاق اجتماعی ملل داردمسلماً ازاین قوانین است قوانین جزائی چون وقوع جرائم بانواعه تناسب مستقیم باخصوصیات روحی واخلاقی افراد اجتماع دارد و خصوصیات روحی ملل واقوام نیزمتفاوت است و باگذشت زمان هم تغییر میکند وضع قوانین هم تابع عادات و اخلاق و تقالید اجتماع میباشد .

لذا جای دارد که گفته شود مقررات هرقوم و ملتی آئینه تمام نمای عادات و اخلاق آن قوم وملت است

---

مطلبی که مؤلف بعنوان علت تغییر قوانین ذکر نموده ازنظر قوانین بشری صحیح است لکن نمیتوان درقوانین اسلامی این مطلب راذکر کرد زیراقوانین اسلامی تراوشات

بقیه حاشیه درصفحه بعد

# تحقیق دراحکام جرائم باید بادرنظر گرفتن شرایط
# (زمان و مکان باشد)

اگر کسی بخواهد تحقیق دراحکام جرائم هرعصری ازاعصاورا بنماید باید شرائط زمان‌ومکانی که آن‌حکم‌در آن‌شرائط بوجود آمده‌درنظربگیرد وقضاوت‌درباره آن قانون نماید زیرا همان حکم و قانون متناسب باطبع اجتماع آن زمان ومکان

---

افکاربشری نیست بلکه‌همگی وحی آسمانی میباشد که برپیغمبر اسلام(ص) نازل شده وبرای افراد بشرتاقیامت لازم‌الاجرااست ووضع آنهاهم برپایه مصالح ومفاسد واقعیه میباشد و تابع اخلاق وعادات و روحیات افراد اجتماع نمیباشد و لذا برای هراجتماع ودرهرزمانی قابل عمل و اجرا میباشد و تغییرپذیرهم نیست‌و معتقدین بآن قوانین برای نیل بآن مصالح واقعیه و حفظ عدالت اجتماعی وجلوگیری‌از مفاسد باید اعمال ورفتاروعادات و اخلاق خود را با آن‌قوانین تطبیق دهند نه‌اینکه بمیل‌خود درقوانین آسمانی تصرف نموده و با تغییرو تأویل آنها را با اخلاق و عادات زشت خود تطبیق نمایند وچه بسا افراد یك اجتماعی بواسطه فساد اخلاق عادت بتجاوزبحقوق یکدیگرنموده وپیروی از شهوات خود مینمایند و اگر بآنها اجازه‌تغییرقوانین‌داده شودمسلماًقوانینی وضع خواهند کرد که با شهوات‌وتجاوزات آنها مغایرتی نداشته باشد و لذا با جرئت میتوان گفت که یکی ازعلل وجودجرائم زیاددرمیان‌مسلمانان امروزهماناعدم‌اجرای قوانین‌ثابته‌اسلامی و تبدیل آنهابقوانین مدونه بشری‌است که مطابق امیال‌و نظریه افراد‌وضع گردیده پس‌ازاین بیان‌معلوم شدکه برعکس نظرمؤلف باید افراد هراجتماع اخلاق وعادات خودرا با قوانین و مقررات ثابته صالحه اسلامیه تطبیق دهند نه‌اینکه قوانین خودرا برپایه اخلاق و روحیات خود وضع نموده و یا بمیل‌خودتغییردهند (مترجم)

بوده وچه بسا باشرائط زمان ومکان غیر آن روز آن قانون تناسب نداشته وقابل عمل نمیباشد لذا مقایسه احکام ومقررات زمان گذشته با حال بدون توجه بشرایط زمان ومکان صحیح نیست وچنانچه کسی بدون توجه بشرایط زمان ومکان قوانین امروزه را باقوانین ازمنه گذشته مقایسه نماید وقوانین ازمنه گذشته را مورد انتقاد قرار دهد تحقیقی سست و بی پایه نموده است زیرا مردم آنروز مانند ما زندگانی نمیکردند فکر آنها بافکر ما یکی نبود بلکه زندگانی و طرز فکر گذشتگان متناسب با اوضاع واحوال روز بوده کما اینکه ما نمیتوانیم درباره احکام و مقررات آیندگان فکری بکنیم زیرا قوانین آینده هم باید موافق باشرایط روز آنها باشد این حقیقت مسلم و واضح احتیاج بطول کلام ندارد بنابراین مقدمه سزاوار نبود بعضی ازافاضل که درباب جرائم درشریعت اسلام شرحی نوشته‌اند این اصل مسلم را نادیده گرفته باشند ما ازاین تذکر قصدی نداشتیم جز اینکه نویسنده مزبور نباید بدون رعایت این اصل مسلم احکام اسلامی را با قوانین امروزه مقایسه کرده و مورد انتقاد قرار دهد لذا انتقادات اوبی پایه است ·

## جرائم بدوقسم است

درقوانین جدید جرائم بدوقسمت تقسیم شده جرائم جزائی وجرائم مدنی

جرائم جزائی عبارت است ازارتکاب اعمال محرمه(۲) که بر خلاف مصالح عمومی وامنیت اجتماعی است ومرتکب آن ازاین جهت مجازات میشود مانند حمل سلاح ممنوع

جرائم مدنی عبارت از تجاوز بحقوق دیگران و اضرار بدیگری است که مرتکب آن ملتزم بجبران خسارت و تسلیم عوض بمتضرر میشود مانند اتلاف مال غیر،

## جرائم جزائی و مدنی باهم جمع میشود

گاهی جرائم جزائی و مدنی باهم جمع میشوند مانند قتل وسرقت .

لذا درقوانین دونوع جرم پیش بینی و مقررشده اول جرائمی است که جنبه عمومی دارد .

و مرتکب ازنظرمصالح نوعی و اجتماعی مجازات میشود نوع دوم جرائمی است که جنبه خصوصی دارد و تعقیب مرتکب باختیارمتضرراست ازدریافت خسارت یا عفو ازاو .

اما جرائمی که دارای دو جنبه است مرتکب ازدولحاظ موردتعقیب‌ومجازات قرارمیگیرد یکی ازجنبه خصوصی و آن بسته باراده متضررمیباشد و دیگرازجنبه عمومی لکن جنبه عمومی آن باحاکم است .

## مقررات جزائی درزمان قدیم

احکام و مقررات جزائی درزمان قدیم نسبت بجرائم خصوصی اشدواقوی از جرائم عمومی بوده زیرا مجازات درزمان‌قدیم عبارت ازانتقام شخصی بوده علت آنهم این بود که دراجتماعات قدیم و بـدوی حکومت متشکلی کـه بتادیب مجرمین و احقاق‌حق مظلوم ومتضررقیام کند نبود و اگرحکومتی هم بود آنقدرقوی‌نبود که بتواند بطورعدالت و تساوی حکومت نماید لکن جنایت و ضررخصوصی که‌مدعی خصوصی داشت متضرربکمك قبیله و عشیره خود درمقام دفع ضرروانتقام برمیآمد و آنقدرزدو خورد و منازعه بین طرفین واقع میشد تا آنکه موضوع بصلح یا عفو متضررخاتمه یابد لذا ازقدیمی‌ترین قـوانین جزائی قانون قصاص است کـه کاملا موافق باعدل فطری و حاجات اجتماع قبیله‌ایست قانون قصاص مجازات مرتکب را ازنوع جرمی مقررداشته که مجرم مرتکب شده **النفس باالنفس والسن باالسن والعین باالعین .**

پس‌ازآنکه بمرورزمان‌دراجتماعات دولت و حکومت متشکل گشت وبتدریج دارای قدرت وتوانائی اداره اجتماع گردید و درمقام تنظیم مقررات عمومی بمنظور بقای‌اجتماع برآمدندوقهراًتعقیب ومجازات متخلف ومجرم‌برعهده حکومت وقت واگذار گردید

لکن در جرائم مدنی عوض یا بدل خسارت برای جبران زیان متضرر

برعهده مجرم میباشد با اینکه عوض تنها برای خاموش نمودن شعله انتقام کافی بود ولی بمنظور امنیت اجتماعی وبقای نظام اجتماع مقرراتی هم برای مجازات مرتکب وضع نمودند کـه جنبه عمومـی دارد و این جنبه عمومـی قوانین جزائی بموازات پیشرفت قدرت حکومتها پیشرفت نمود تا اینکه قسمت مهم قـوانین جزائـی بآن اختصاص یافت این رویه تدریجی همدوش باقدرت وتشکیلات دول بوتیره واحدی درجمیع ملل و ممالك نبوده بلکه درهرملت و کشوری سیرتدریجی قوانین جزائی بطرق مختلفه بوده و میباشد لکن آنچه مسلم است هرچه درتاریخ سیر قوانین جزائی بعقب بر گردیم درجمیع ملل و جـوامع بشری ملاحظه خواهیم کرد که هـر چه بقهقرا رویم جنبه خصوصی درقوانین جزائی بارزتر اززمان لاحق بآن بوده است بعبارت و اصطلاح جدید اکثر بلکه تمام جرائم درزمان قدیم جرائم مدنی بوده وجزای آنهم جلب رضایت متضرر بوده است و ازجرائمی که مرتکب بنام مصالح عمومی تعقیب و مجازات می‌شود اثری نبود و لذا اگر کسی بخواهد درامتیازبین جرائم جزائـی و مدنی درزمان قدیم تحقیق نماید امکان ندارد بواسطه اختلاط زیادی که در آن زمان درجرائم موجود بوده .

## جزای جرائم وضمان آن

طبیعی است همانطوریکه در قوانین جـزای جرائم بدو قسمت تقسیم شد جزای آنهم بدو قسم منقسم میشود اما جرائم جزائی مرتکب بمجازات مقرره در قانون بنام مصالح عمومی محکوم میگردد که بوسیله مدعی العموم علیه مجرم اقامه دعوی میشود این قسم ازجرائم چون جنبه عمومی داردو بامصالح عمومی مربوط است بعفو وصلح ساقط نمیشود بعکس جرائم مدنی که جنبه خصوصی داردومربوط است بشخص متضرر لذا بعفو و صلح و مجازات ساقط میشود جرائم مدنی یکی ازمصادر التزام و موجبات میباشد ومرتکب درمقابل متضرر ضامن است و جزای آن پرداخت ضرر بعوض متناسب میباشد مگر آنکه با اسقاط و ابراء یا صلح موضوع خاتمه یابد .

درجرائم متعدد جزائی که ازیك فرد صادر میشود جزای مرتکب بقاعده تداخل یك مجازات میباشد .

بخلاف جرائم مدنی که قاعده تداخل در مجازات اووارد نیست وهر جرم مدنی عوض جداگانه دارد این امتیاز درجرائم عمومی وخصوصی مانند حال حاضر محسوس نبود بلکه درقوانین قدیم برای مجازات این دودسته ازجرائم جزای سومی وجود داشت که واسطه بین این دوقسم بود که بنام جزای خاص نامیده میشد ولو اینکه این جزای خاص جزای عمومی بود و بمصلحت عموم اجرا میشد لکن چون بنفع متضرر بود بعفو و صلح ساقط میشد

# انواع جرائم مدنی وقاعده کلی

جرائم جزائی و احکام آن ازموضوع بحث ما خارج است لکن جرائم مدنی یاقسمت مدنی ازجرائم که ازمصادر التزام است مورد بحث ومقصود ما در این کتاب میباشد.

# انواع جرائم مدنی

جرائم مدنی بانواع متعدد متحقق میشود بعضی ازجرائم مدنی است که موقوع آن نسبت بشخص انسان میباشد مانند قتل و ضرب . بعضی دیگر متعلق باموال شخص است مانند غصب واتلاف .

قسمتی هم ازجرائم مدنی مربوط بشرف وناموس انسانی است .

درقوانین جزائی قدیم یك قاعده کلی برای احکام جرائم وجود نداشت بلکه برای هریك ازانواع جرائم احکام مخصوصی مقرر ووضع شده بود وجرائم هم محدود ومعین بود وهمینطور بود قوانین رومان قدیم لکن دراکثر قوانین جزائی جدید جاری دردنیا جرائم مدنی تحت عنوان کلی که مخصوص بجرائم مدنی است مقرر گردیده مانند عنوان عقود عامه مثلا اکثر قوانین درعنوان جرائم رویه واحدی اتخاذ نموده اند چنانچه

قانون موجبات وعقود لبنانی نیز ازاین رویه تبعیت کرده و درماده ۱۱۲ مقررداشته هرعملی یکی ازافراد انجام دهد که موجب ضرر غیرمشروع بدیگری‌شود مرتکب ملزم بجبران خسارت متضرر میباشد بشرط آنکه مرتکب ممیز باشد ·

شبیه‌بهمین مضمون ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی فرانسه مقررداشته که هر کس‌از روی‌قصد وتقصیر تجاوز بحق‌غیر درجسم یاحیات‌یاصحت‌یا آزادی یاحق دیگر افراد بنماید مجبوربجبران ضررحاصله خواهد بود وهمین مضمون‌ماده ۱۵۱ قانون‌مدنی مصروماده ۸۲۳ قانون مدنی آلمان‌میباشد .

درمقابل‌این قسمت از قـوانین بعضی ملل رویه قدیمی را محفوظداشته‌اند وعنوان عامـی برای جرائم مدنی درمقررات و قوانین خود ندارند که ازآن‌جمله قوانین انگلستان است که‌جرائم مدنی را قسمتی از جرائم شمرده و برای هریك جزائی جداوحکمی بخصوص‌مقررنموده‌است ولذادرسوابق مدنی انگلستان مبحثی بعنوان‌جرائم بطورمطلق میباشد .

## قوانین‌جزائی درشریعت‌اسلام

علمای‌اصول‌فقه‌اسلامی حقوق‌رامنقسم‌بچهارقسم‌نموده‌اند حق‌الله وحق‌الناس‌وحقوقی که مشترك بین‌حق‌الله وحق‌الناس میباشد و حقوقی که‌حق‌الله درآن رجحان داردو بعکس‌حقوقی که‌حق الناس درآن راجح‌است .

## حق‌الله

حق‌الله منقسم بهشت قسم میشود که اقسام مزبور شامل عبادات‌ومؤن‌و آنچه مشترك بین عبادات و مؤن است میباشد لکن در این مبحث اکتفا میشود بذکر اقسامی که‌متعلق بضمانات و عقوبات حاصله‌از جرائم است و مقدم میداریم حق‌الله خالص را ·

حق‌الله خالص را علمای اصول تعریف کرده‌اند بحقی که مربوط بمصالح عامه میباشد وربطی بشخصی وفرد معینی ندارد چون حق اجتماع عظیم است بسبب آن بخداوند متعال نسبت داده‌شده وازاین نوع حقوق است عقوبات کامله مانند حدود خالصه وعقوبات قاصره ازقبیل حرمان وارث قاتل‌مورث ازارث این نوع ازحقوق که بامصالح‌عامه‌مربوط‌میباشد حق‌الله نامیده میشود و باصلح و عفو وابراءقابل اسقاط نیست اجرای این نوع ازجزای جرائم بنام و برای مصالح عمومی است که اجرای این وظیفه درزمان دولت عباسی بعهده شرطه بود .

## حق الناس

قسم دوم ازحقوق حق الناس خالص است و آن حقی است که بمصلحت فردی ازافرادمیباشد مانندضمان مال غیر که برخلاف حق‌الله قابل توارث وسقوط بصلح وابراء میباشد وداخل دراین نوع ازحقوق است ضمانات مدنی عادی مانند وجوب پرداخت عوض متلفات همانطوری که داخل این نوع ازحقوق است ضماناتی که جنبه جزائی هم دارد مانند دیه‌وارش وقضاوت عادله‌چنانچه توضیح هریك ازآنها خواهد آمد .

قسم سوم ازحقوق حقوقی است که درآن حق‌الله وحق‌الناس جمع شده‌وقسمتی ازاین حقوق که حق‌الله درآن راجح است مانند حدقذف بمذهب حنفی این‌نوع از حقوق‌قابل توارث نیست‌وبعفووصلح ساقط نمیشود . چون‌جنبه‌عمومی آن که‌حق‌الله نامیده‌میشود راجح‌است .

مراد ازقذف تهمت‌زنا میباشدبکسی .

قسم دیگری ازحقوق‌حقوقی است که حق‌الناس درآن‌راجح‌است مانندقصاص این‌قسمت ازحقوق قابل توارث وسقوط بعفووصلح میباشد .

( تطبیق حقوق‌درشریعت‌اسلام‌باحقوقی که درقوانین‌جزائی جدید مقرراست)

اگر بخواهیم تطبیق کنیم حقوق را در شریعت اسلام با اصطلاح مستعمل در

قوانین جدید چنین گوئیم :

جرائمی که جنبه عمومی درقوانین جدیددارد ومجازات مجرمین آن بمنظور حفظ مصالح عامه و بقای نظام اجتماع میباشد منطبق با حقوقی استکه در اصطلاح شرع بآن حق‌الله میگویند و جرائم خصوصی که جنبه شخصی دارد درقوانین جدید منطبق‌است باحق‌الناس درشرع اسلام.

حدود کامله باصطلاح شرعی در قوانین جزای عمومی میباشد و جزای مدنی دراصطلاح قوانین جزائی جدید درشرع اسلام بضمانات خاصه مانند رد بدل متلف وقصاص تعبیر میشود .

امّاحکم تعزیر معروف درشریعت اسلام که گاهی حق‌الله در آن‌راجح‌و گاهی حق‌الناس رجحان دارد درآینده خواهد آمد .

ملاك وضع قوانین جزائی ومجازات مجرمین دوچیز است یکی تنبیه مجرم دیگری عبرت دیگران‌این ملاك درقوانین جدید اساس‌حقوق‌جنائی است ودرشرع اسلام‌نیزهمین مصلحت منظور بوده .

## مجازات درشریعت اسلام نسبت بجرائم متفاوت است

مجازات درشرع‌اسلام‌اعم ازاینکه جنبه‌عمومی یاخصوصی داشته باشددرمقابل جرائم تعیین‌شده لکن‌برحسب اختلاف جرائم جزای‌آن متفاوت است‌وسبب‌تفاوت وتنوع احکام درجرائم بطوریکه ابن‌قیم‌جوزی گفته اختلاف مراتب جرائم‌میباشد ناچارجزای‌آنهم بایدمتفاوت باشدبدیهی است‌اگر درمقابل هریك‌ازجرائم وجنایات حکمی مقررنگردد ومردم را درتعیین مجازات جرائم بحال خود واگذارند دراثر اختلاف آراء درجزای جرائم‌وتشتت افکار حرج‌ومرج لازم‌میآید .

شریعت اسلام پس از بیان اصل جرائم در نوع وقدر ومرتبه جرائم هم بتناسب هر یك حکمی مقرر داشته ومجموع مجازاتهای مقرره درشرع اسلام شش قسم میباشد که عبارت از قتل وقطع وجلدونفی وتغریم مال وتعزیر میباشد .

۱ قتل مجازات بزرگترین جنایات مقرره دراسلام میباشدوآن جزای جنایت بر نفس یا بردین مقدس اسلام یا براعراض ونوامیس دربعضی مذاهب میباشد واین جزای شدید بمنظورحفظ نظام اجتماع وجلوگیری ازفساد دردین واختلاط انساب ومفاسد اجتماعی دیگر مقرر گردیده.

۲ اما قطع مجازات سرقت ومحاربه وقصاص جنایت قطع اعضاء میباشداماجلدجزای زنا وشرب خمر است .

و ازمجازاتهای زنانفی بلد هم میباشد اماغرامت مالی جزای موارد بسیاری از جرائم میباشد که اهم آن حرمان قاتل مورث ازارث وحرمان زوجه ناشزه است ازنفقه واجب برزوج .

۳ امّا تعزیر جزای جرائمی است که میزان جزاو کیفیت آن درشرع تعیین نشده وحدود تخلفات وجرائم آن بسته بنظر قاضی است .

پس ازاین مقدمه مختصر درتقسیم جرائم ازدوجنبه جزائی ومدنی درشریعت اسلام ناچاریم ازتذکراین نکته که فقهای مسلمین جرائم مدنی را تحت عنوان کلی بنحوی که درقوانین جدیدملاحظه میشودبیان نکرده‌اند بلکه درشریعت اسلام بحث در جرائم مدنی تابع مباحث عقودوموجبات ضمان میباشد که درابواب مختلفه فقه پراکنده است .

بعضی از فقهاتوسعه بیشتری درباب اتلاف داده‌اند واحکام آنرا منطبق بامسائل متنوعه جدیده نموده‌اند که ماقریبادر آن بحث واردشده وضمن بحث دراحکام عمومی آن ممکن است قاعده کلیه از آن استنباط شود که آن قاعده شایسته خواهدبودعنوان اساسی نسبت بجرائم مدنی درشرع اسلام قرار گیرد .

وقبل ازشروع درمطلب بطور مختصر دراحکام جنایات وحدود غصب از لحاظ جنبه عمومی بحث خواهیم کرد و ضمناً ارتباط این احکام را بموضوع خطیری که درپیش داریم بیان خواهیم نمود تا معلوم شود چگونه ممکن است جرائم مصدر التزام وضمان مدنی قرار گیرد.

# فصل دوم

## درحدود و تعزیرات حدود بطور کلی

حدّلغة بمعنی منع است وشرعاً عبارت ازمجازات وعقوبتی است که شارع برای تخلف از امرالهی مقررداشته این مجازات برای تنبیه مرتکب وعبرت سایرین وضع شده وچون سبب منع دیگران ازارتکاب جنایت میشود باین مجازات حدّ گفته میشود.

## جنایاتی که حکم آنها حد است

جنایاتی که جزای آنها حد است هفت چیزمیباشد که آنها عبارت میباشد از رده ـ بغی ـ زنا ـ قذف ـ سرقت ـ قطع طریق ـ شرب خمر ـ و برای هریك ازاین جنایات احکام خاصی درشریعت اسلام مقرراست که احکام اختصاصی آنها پس ازبیان احکام مشترکه بیان خواهدشد.

حد باصطلاح شرعی عبارت ازمجازاتی است که درمقابل مخالفت ازقوانین اللهیه مقررشده وبا تعزیروقصاص فرق دارد میزان و کیفیت تعزیردرشرع تعیین نشده وبسته بنظرامام است.

بخلاف حد که میزان و کیفیت آن درشرع تعیین شده است امتیازحدباقصاص هم اینست که حد ازحقوق اللهی است وجنبه عمومی دارد لکن قصاص حق الناس میباشدو جنبه خصوصی دارد لذا حد بعفو وصلح ساقط نمیشود بخلاف قصاص که بابراء وعفووصلح قابل اسقاط است.

حد قذف بنا برعقیده بعضی ازفقها بعفووصلح ساقط میشود .

بنا برتعریفی که ازحد شد درمواردی که شرعاً باید حد جاری شود پس از اعلام بحاکم وثبوت آن ندامت و گذشت شاکی اثر ندارد حاکم مکلف است حد را اجرا نماید لکن سکوت شاکی قبل از ثبوت جنایت درمحضرقاضی مانع اجرای حد است بموجب حدیث شریف **تعافوا الحدود فیما بینکم فما بلغنی من حد فقد وجب.**

## تعدد جرائم

اختلاف است بین فقهاء که درصورت تعدد جرائم مثل اینکه کسی سرقت نماید وقبل ازاجرای حد دومرتبه مرتکب سرقت شود درباره این سارق آیا دوحد اجرا میشود یاحد واحدکافی است .

بسیاری ازفقها دراین مورد حد واحدراکافی میدانند بشرط آنکه جرم ازنوع واحد باشد زیرا بنفس رجوع جرم حد واجب نمیشود بلکه وجوب حد معلق بثبوت آن درمحضر حاکم میباشد .

وعلاوه فلسفه وملاك اجرای حدود تأدیب مجرم وعبرت دیگران میباشد و باجرای حد واحد مطلوب حاصل میشود .

بطوریکه ملاحظه میشود این نظریه شبیه بنظریه تداخل عقوبات است که مبنای قوانین جزائی جدید میباشد .

## شبهه درحدود

فقهای مذهب ظاهری باستناد آیه شریفه تلك حدود الله فلاتعتدوها گفته اند . شبهه موجب سقوط حد نمیشود ولی عموم فقهای مذاهب اربعه اهل سنت گفته اند . شبهه مسقط حد است بموجب احادیث شریفه **ادرء والحدود بالشبهات وادفعوا الحدود ما استطعتم** وروایت **ادرء والحدود ما استطعتم فان کان له مخرج فخلوا سبیله فان الامام ان یخطی فی العفو خیران یخطی فی العقوبه**

دراین احادیث رعایت وحمایت ازمتهم شده قبل ازثبوت چنانچه درعلم جنائی جدید رویه چنین است ولذا دربعضی قوانین اسلامی است کــه درصورت ارتکــاب مجرم بفعل حرام باجهل بحرمت حد ساقط میشود . فقها درشدت عملی که درادلــه اثبات جرم اعمال میکنند مستندبقاعده سقوط حد بشبهه میباشد .

من جمله بعضی ازفقها رجوع ازاقراررا برای مرتکب جرم جائزدانسته اند گرچه ابی لیلی وعثمان بیتی واتباع طاهری بااین نظریه مخالفت کرده‌اندورجوع ازاقراررا بطورمطلق ممنوع دانسته‌اند لکن‌ابن مالك میگوید رجوع ازاقرارممنوع است مگردرمورد شبهه ابن حنبل میگوید حد زنا برمتهم بایکمرتبه اقرار جــاری نمیشود بلکه درصورتی حد جاری میشود که متهم چهارمرتبه‌اقرارصریح نماید ابو حنیفه گفته که حد سرقت وشرب خمر بعدازدومرتبه اقرارمتهم جاری میشود ولــی اکثرفقها که از آنجمله میباشند مالك وشافعی گفته اند اقراردرحدود یکمرتبه است زیرا اگراعتراف صحیح باشد یکمرتبه وهزارمرتبه‌آن یکسان است نسبت بشهادت درجرائمی که موجب حدود است درشرع اسلام شرایط شدیدی مقرر شده از جمله نصاب مطلوب درشهادت نسبت بزنا چهارمرد عادل است ودونفرمرد عادل درباقــی حدود است .

درحدود شهادت زنان قبول نمیشود بخلاف قول ضعیفی از مذهب طــاهری ابوحنیفه واصحابش گفته‌اند شهادت درجرائمی که موجب حدوداست‌بعد ازگذشتن مدتی مسموع نیست مگردرصورتیکه برای شهود عذرموجهی مانند بعد راه وامثال اوباشد بعضی ازفقها درشهادت نسبت بزنا گفته اند باید چهارنفرشاهد متفقا بمحضر حاکم حاضرویکنواخت شهادت دهند .

مؤیداین نظریه سقوط‌حدبشبهه است وسقوط حدبتوبه محارب قبل ازاینکه مغلوب شود بموجب‌آیه‌شریفه **الا الذین تابوامن قبل ان‌تقدروا علیهم ان الله غفوررحیم**

ازشافعی روایت شده که بنا برمذهب اودرعراق تمامی حدود بتوبه ساقط میشود مستند بقیاس برسقوط حدمحارب لکن شافعی درمصرازاین نظریه رجوع کرده وتبعیت‌ازقول مشهورنموده‌باینکه حدود بتوبه ساقط نمیشود مگرحد محارب اگرقبل ازتسلط برآن توبه نماید.

## برچه کسانی اقامه حدمیشود

اجرای حد دارای شرایطی است .

۱ اول آنکه مجرم باید بالغ وعاقل باشد دراینصورت برصغیرومجنون حدی نیست عملا بحدیث شریف .

**رفع القلم عن ثلاثه عن النائم حتی یستیقظ و عن المبتلی حتی یبرء و عن الصبی حتی یکبر .**

برسوای این اشخاص نسبت بزن ومرد مجرم اعم ازاینکه بنده باشد یا آزاد مسلمان یاغیرمسلمان شریف یاوضیع باتفصیلی که درهریك‌ازاین طبقات‌میباشدحد جاری میشود بعضی احوالات‌خاصه باجرای حد ودراجمالا ذکرمیکنیم .

۲ دوم سلامت مجرم است بنظربعضی فقها برمریض حد جاری نمیشود تا سالم شود بعضی دیگرازفقها گفته اند برحسب طاقت وتوانائی مریض اجرای حدمیشود.

بعضی ازفقها اجرای حد رانسبت بزن‌حامله قبل‌ازوضع حمل‌جائز نمیدانند وبعضی‌دیگر ازفقهامیگویند بایداجرای حدنسبت بزن حامله آنقدر تأخیر افتد که طفل‌از شیرمادر مستغنی‌شود .

درقوانین جدیداعدام زن‌حامله قبل‌ازوضع حمل ممنوع‌است .

## اماحدوداختصاص بمسلمین دارد

در اینکه حدمختص بمسلمین است‌یاآنکه براهل ذمه هم حد جاری میشود

اختلاف زیادی است ابن حزم از علی بن ابیطالب (علیه السلام) روایت کرده که فرمود بر اهل ذمه در زنا حدی نیست و همچنین از ابن عباس روایت شده که بر اهل ذمه حد زنا جاری نمیشود بنظر ابوحنیفه ومالك در زنا وشرب خمر بر اهل ذمه حد جاری نمیشود لکن در قذف وسرقت بآنها حد جاری میشود بنظر شافعی واهل ظاهر در تمام موارد بر اهل ذمه حد جاری میشود .

## دراجرای حدود فرقی بین شریف و وضیع در اسلام نیست

شریعت مقدس اسلام دراجرای حدود فرقی بین طبقات نمیگذارد تمام مردم درمقابل اجرای حدود مساوی میباشند بمنطق اسلام شریف کسی است که پرهیزکار باشد ومرتکب گناهان کبیره نشود رفیع دراسلام بکسی میگویند که سطح اخلاق حمیده او بالاتر از اخلاق رذیله او باشد درحدیث شریف است .

**اقیمو احدود الله تعالی فی البعید والقریب ولاتاخذکم لومة لائم .**

بمناسبت همین مساوات که دراسلام حکومت میکند شفاعت دراجرای حد جائز نیست در بخاری ومسلم وغیر آنها روایت شده که اسامه اززن مخزومیه‌ای که سرقت کرده بود نزد رسول اکرم (ص) شفاعت کرد پیغمبر فرمود آیا شفاعت میکنی درحدی ازحدود الهی پس از آن رسول اکرم ایستاد وخطبه ایراد فرمود که ای مردم بدانید کسانیکه قبل ازشما دزدان قوی را رها میکردند ودزدان ضعیف رامجازات مینمودند گمراه بودند بخدا اگر فاطمه (ع) دختر رسول خدا مرتکب دزدی شود دست او را قطع میکنم .

## تازیانه وقطع ید

ازمسلمیات وحقایق ثابته تاریخ است که قوانین جزائی بطور کلی درشرایع سابقه متغیر وغیر ثابت بوده و درلوایح دوازده گانه رومان قدیم مثلا مجازات سرقت

تازیانه و استرقاق و اعدام بوده که تفصیل آن خواهد آمد در شرع اسلام مجازات سرقت قطع دست سارق است و تازیانه مجازات قذف و شرب خمر است قبل از بیان تفصیلی حدود بی تناسب نیست چند کلمه بطور اختصار در این مجازات از جنبه اجتماعی بیان شود .

قبلا ناچار از تکرار میباشیم که ممکن نیست احکام و مقررات جزائی را در اعصار مختلف بمیزان واحدی توزین نمود بلکه احکام جزائی تابع شرایط زمان و مکان است که در هر عصری مختلف است .

بنابراین اگر قسمتی از احکام جزائی زمانهای گذشته در بعضی موارد در حال حاضر با اوضاع و احوال مناسب نیست نمیتوان اظهار نظر کرد که وضع آن قسمت از قوانین اصولا مناسب نبوده حتی در زمان و مکان مخصوص بخود زیرا آن قوانین و احکام در شرایط و ازمنه مخصوصی صحیح و مناسب بوده و امکان دارد آن احکام در حال حاضر بطور مطلق در همه جا مناسب نباشد .

مثلا قطع دست سارق مانند سایر حدود اجرا نمیشود مگر با احراز شرایطی که لازمه اجرای آنست از ثبوت آنها در محضر حاکم و رعایت اصل سقوط حد بشبهات باحفظ این شرایط شکی نیست که اجرای این حکم در اجتماعات عربی در حال حاضر هم ضروری است و این حکم نافع و مفید در اجتماع عربی و بسیاری از اجتماعات در حال حاضر میباشد و مؤید این نظر اخباری است که از کشور حجاز و نجد میرسد باینکه در اثر اجرای حدود شرعیّه در آن کشور دزدی رخت بر بسته .

علمای حقوق جزائی و آنهائیکه در امور جزائی خبره میباشند بخوبی میدانند که امثال این مجازاتها برای بعضی از دزدان حرفه‌ای در حال حاضر هم ضروری و لازم است نزد مطلعین امور جزائی مسلم و ثابت است که مجازاتهای مقرره در قوانین جدید برای تادیب سارقین و عبرت امثال آنها کافی نیست چه باکی دارد سارق حرفه‌ای از زندان در حالی که مدتها با داشتن سوابق بسیار در زندان بسر برده چه بسا دزدان باسابقه بجای تنبه

از مجازات درمقابل همکاران خودبا بتکارات وحیلی که درطریق سرقت بکار برده‌اند مباهات میکنند ولذا بمجردی که مدت محکومیت آنها درزندان منتقضی شودبدون درنگ بشغل وحرفه خود بازمیگردند آیا چه ضرری بعالم انسانیت واجتماع وارد میشود اگردست‌چنین دزدشروری راقطع نمایندتامانع ازتکرارعمل زشت‌او وعبرت امثال او گردد .

## (جلد و ضرب)

جلد وضرب در جمیع حدود با تازیانه اجرا میشود مگردرحد شرب‌خمر که انتخاب وسیله‌حد باحاکم‌است اما کیفیت‌ضرب ازحیث‌شدت وخفت‌نسبت بجرائـم وتخلفات‌متفاوت است اشدضرب درتعزیراست پس‌ازآن درحد زنا‌ازآن‌پس‌شرب‌خمر واخف‌ازهمه ضرب درحد قذف میباشد.

این نحوه مجازات را بعضی علمای حقوق بروش محمدی(ص)نام گذارده‌اند وحال آنکه این روش نزد ملل دیگر حتی در زمان حاضر هم موجود است مـانند انگلستان کـه حکم بضرب درباره سارقین وبعض مجرمین دیگر در موارد بسیاری میدهند وبعقیده من برای تادیب بعضی ازمجرمین این‌نوع مجازات بمورد است، و سزاوار است درقوانین جدید بوضع چنین قوانینی اقدام نمایند زیرا برای بعضی از مجرمین‌مجازاتهای خفیف تأثیری ندارد.

## حد زنا درشرع اسلام

باتفاق فقها مراد اززنا هروطی ایست که بدون ازدواج صحیح یاشبه ازدواج یا ملك یمین واقع شود لکن درتفسیرمعنی وطی وملحقات آن بین فقها اختـلاف است ونیزاختلاف است درتطبیق حکم زنا بالواط واتیان به بهائم وتزویج بامحرمات ازز نـان وامثال آنها کـه دراین کتاب مجالی برای توسعه بحث در این تفـاصیل نمیبـاشد .

جزای زنا درشرایع سلف متفاوت بوده درشریعت یهود مجازات زنا سنگسار

منجر بمرگ بوده وهست اما درقران کریم مقررشده **الزانیه والزانی فاجلد واکل واحد منهما مائة جلده ولا تاخذکم بهما رافة فی دین الله ان کنتم تؤمنون بالله والیوم الاخر ولیشهد عذابهما طائفة من المومنین.**

بهر یك اززانی وزانیه یکصد تازیانه بزنید فرا نگیرد شما را رافت دراجرای حدود اللهی اگر ایمان بخدا وروزجزا دارید وباید مشاهده کنند عذاب زانی وزانیه را جمعی ازمؤمنین.

فقها این حکم را مخصوص بزنای غیرمحصنه دانسته اند ونیز درمجازات زنا نفی بلدهم ذکرشده چنانچه ازمسلم وغیر آن روایت شده **باینمضمون که خذواعنی خذ واعنی فقد جعل الله لهن سبیلا البکر بالبکر جلد مائه ونفی سنة والشیب بالشیب جلد مائه والرجم.**

## معنی محصن

مراد ازمحصن دراصطلاح شرع زنان آزادی هستند که بالغ وعاقل ودرقید ازدواج باشند ابوحنیفه علاوه براین درزنای محصنه اسلام راهم شرط دانسته این دسته اززناکاران عقابشان رجم است .

عملا بسنت نبی (ص) که ماقرعامدیه را رجم نمود بموجب آیه شریفه رجم اما شیخ وشیخه اگرزنا کنند بطورمسلم حدآنها رجم است **نکالا من الله والله** عزیز حکیم این آیه طبق روایتی ازسوره احزاب منسوخ است لفظانه معنا بنظر بسیاری از فقها برخلاف حسن بصری وداود ظاهری وبعضی دیگر کسیکه محکوم برجم شود معاف ازتازیانه است زیرا اشد مجازات درباره اواجرا میشود حد زنای غیر محصنه یکصد تازیانه ونفی بلد بمدت یکسال تمام است درلزوم نفی بلد اصولا خلاف است بنا بروایتی که ازعمر بن خطاب رسیده که ربیعة امیة بن خلف را نفی بلد نمودربیعه باین جهت ملحق بروم شد چون خبر بعمر رسید گفت دیگر کسی را نفی بلد نمیکنم .

چنانچه قبلا بیان شدثبوت زنا بشهادت چهارمرد عادل است باخلافی که در شروط وادله‌ثبوت قبلا ذکرشدواگرزنی حامله شود بدون اینکه شوهرداشته باشد و مدعی استکراه گردد بنظربیشترفقها حدی براونیست‌ولی بمذهب فقهای مالکی باید براستکراه اقامه‌دلیل کند .

## حد سرقت

سرقت عبارت ازربودن مال‌غیراست بطورخفیه وظلم بشروط معلومه .

ازاین تعریف خارج میشودغصب واخذ مال‌غیرعلنا واختلاس وانکارودیعه.

روایت شده که احمدبن حنبل واهـل ظاهر انکار و دیعـه راملحق‌بسرقت دانسته‌اند.

سرقت دارای احکام خاصه ایست ازلحاظ‌سارق ومسروق‌وجزای آن که درتمام آن‌احکام وتفاصیل اختلافاتی درمذاهب اسلامی‌موجوداست‌ودرباب سرقت احادیث بسیاری نقل‌شده که درصحت وسقم آن احادیث نیزاختلاف است ذکرتمام‌آن‌تفاصیل واختلافات ازحوصله این کتاب خارج است دراینصورت اکتفا میشود بذکر مبادی کلی دراین باب بآنچه که مورد اتفاق میباشد .

## شرایط مسروق

یکی از شرائط سرقت آنست که مال مسروق بنصاب معینی برسد.

نصاب سرقت نزد اهل عراق یك دیناریا ده درهم مضروب میباشد لکن نزد اهل حجازسیزده درهم نقره یاربع درهم طلا میباشد اگرمسروق کمترازاین نصاب باشد جزای سرقت بر اومترتب نیست .

دوم ازشرایط سرقت آنست که مال مسروق ازجایگاه مضبوطی ربوده‌شده‌باشد مانندخانه اطاق انبارجعبه صندوق وامثال اینها که تابع عرف ورویه مردم درحفظو ضبط اموال آنها است .

درصورتیکه ازمحل ضبط خود برداشته نشود صدق سرقت بر آن عمل نمیشود وتابع مقررات دیگری است .

فقهای اهل ظاهر این شرط را درصدق سرقت لازم نمیدانند .

سوم ازشرایط سرقت آنست که شیئی مسروق مالیت داشته باشد و قابل خرید وفروش بوده باشد گرچه ابوحنیفه بااطلاق این شرایط مخالف است ومیگوید حکم سرقت دراموال مسروقه که سریع الفساد است مانند فواکه واشیائی که دراصل مباح بوده مانند ماهی و کبوتر وامثال اینها جاری نمیشود .

# شرایط سارق

درسارق شرط است که عاقل وبالغ ومختار باشد اعم ازاینکه سارق مرد یازن مسلمان یاکافر بنده یاآزاد باشد .

اگرسارق متعدد بوده باشد ومسروق هم بحد نصاب واحد برسد آیا برتمامی آنها هرچند نفر که باشد حد سرقت جاری میشود یا خیر دراین مسئله بین فقها اختلاف است .

جمعی ازفقها گفته‌اند برتمامی آنها که شرکت درسرقت داشته‌اند حد جاری میشود بنظر ابوحنیفه وشافعی درصورتی برتمام سارقین حد جاری میشود که سهم هر یك بحد نصاب رسیده باشد .

درغیراین صورت وجوب حد برتمام مورد شبهه است وسبب سقوط حدمیشود.

اگرسرقت کند یکی اززوجین مال دیگری را بمذهب مالکی وجمعی ازفقها حد جاری نمیشود واگرپدرازفرزند خود سرقت نماید یایکی ازفروع واصول از دیگری سرقت نمایند بعقیده شافعی واحمد نیزحد جاری نمیشود کسیکه باصاحب مال محرمیت داشته باشد و مرتکب سرقت شود بمذهب ابوحنیفه حد برا و جاری نمیشود .

لکن درتمام موارد فوق بمذهب فقهای ظاهری حد جاری میشود .

بمذهب ابوحنیفه ویکی ازدوروایت شافعی واحمدابن حنبل مرتکبی که نسبت بتمام یاجزئی ازمال مسروق دعوی مالکیت نماید حد سرقت براوجاری نمیشود و لذا دراین مورد شافعی گفته چنین شخصی سارق طریقی است .

وصاحب مال مسروق قبل از رجوع بحاکم حق عفو سارق رادارد ولی پس ازرجوع امر بحاکم حق عفو ازصاحب مال ساقط میشود .

اگر سارق پس از رجوع امر بحاکم بسببی از اسباب ممکنه اعم از اسباب قهری یا اختیاری مالك مال مسروقه شود حد سرقت از او ساقط میشود لکن در این مسئله ابوحنیفه مخالف است .

## جزای سارق

دستور اللهی نسبت بسارق قطع دست اوست بموجب آیه کریمه **السارق والسارقه فاقطعو ایدیهما** وطبق سنت قولی کیفیت اجرای حدسارق بقرارزیراست.

در مرتبه اول انگشتان دست راست سارق از محل اتصال آنها بکف دست قطع میشود دراین قسمت فقهای اسلام اتفاق دارند واگر سارق برای مرتبه دوم مرتکب سرقت شود جمعی از فقها گفته اند انگشتان پای چپ سارق قطع میشود و بعضی دیگر گفته اند انگشتان دست چپ سارق در مرتبه دوم باید قطع شود . و در صورتی که برای مرتبه سوم اینشخص مرتکب سرقت شود دست راست او باید قطع شود بمذهب

---

بنا بمذهب فقهای امامیه مجازات سرقت در مرتبه اول قطع چهار انگشت دست راست سارق است از بیخ باستثنای کف دست وانگشت ابهام باستناد صحیحه حلبی که میگوید خدمت امام صادق ع عرض کردم از کجا باید دست سارق را قطع کرد دستخودرا باز کردو فرمود چنین واشاره فرمود بچهار انگشت باستثنای انگشت ابهام ودرصورت تکرار سرقت درمرتبه دوم قطع پای چپ ازمفصل قدم ودرمرتبه سوم بحبس میرود ودرصورتیکه درزندان دزدی کند باید او را بکشند . نقل ازشرح لمعه (مترجم)

مالك وابن حنبل ويکي از دوقول شافعي ودر سرقت چهارم پای راست اوودرمرتبه پنجم در زندان بماند تا توبه کند ولی بمذهب حنفی در مرتبه دوم محکوم بحبس خواهد بود .

## حد قذف

قذف در لغت بمعنی تهمت ودشنام است و در اصطلاح شرع عبارت از نسبت زنا بمحصن یا محصنه‌دادن میباشد شرط قذف نزد بسیاری از فقها اینست که‌مقذوف عاقل وبالغ و آزاد باشد ومشهور بفساد وفحشاء هم‌نباشد .

تحقق قذف بکلام صریح‌قاذف‌است بمذهب مالك وبنظر شافعی باشاره‌و کنایه هم قذف متحقق میشود درصورتیکه‌اشاره تفسیر بقذف‌شود .

اگر مقذوف یکی از فروع قاذف باشد مانند اولاد واولاد اولاد با هر مرتبه که‌باشد بنظر جمعی از فقها حد بر او جاری نمیشود ولی مالکی با این عقیده مخالف است .

## دلیل حدقذف

جزای قذف ودستور اللهی بموجب آیه شریفه والذین یرمون‌المحصنات ثم لم یاتو باربعة شهداء فاجلد وهم ثمانین جلده ولا تقبلو الیهم شهادة ابدا اولئـك هم‌الفاسقون .

کسانیکه نسبت زنابزنان‌ومردان پاکدامن میدهند وچهار شاهد عادل‌ندارند هشتاد تازیانه بآنها بزنید وهیچگاه شهادت این اشخاص را قبول نکنید زیرا چنین اشخاصی فاسق میباشند، بنابراین دستور مقدس اللهی در جزای قاذف هشتاد تازیانه است ومادامیکه ازعمل زشت خود توبه نکند شهادت او قبول نمیشود ولی‌اگرقاذف

نسبتی که بمقذوف داده بوسیله چهار شاهد عادل درمحضر حاکم ثابت نماید دیگر حدی براو نیست .

اگر قاذف تکرار نماید ومکرر نسبت زنا بمقذوف بدهد یکحد بیشتردرباره او اجرا نمیشودعملا بقاعده تداخل وادغام عقوبات.

اگر کسی بچند نفر نسبت زنا بدهد آیا برقاذف یکحد اجرا میشود و یا آنکه بتعداد هریك از مقذوفین باید یکحد اجراشود .

ابوحنیفه مورد را مشمول‌قاعده تداخل دانسته و گفته برقاذف یکحد اجرا میشود لکن شافعی گفته چون قذف جنبه حق‌الناس دارد و باصطلاح جدید دارای جنبه عمومی‌است درمقابل هریك از مقذوفین حد واحدی اجرا میشودولی‌احمدبن حنبل دراین فرض قائل بتفصیل‌است میگوید اگرقذف بکلمه واحده شده‌باشد یك حداجری‌میشود و اگر بکلمات متعدد انجام شده‌باشد بتعداد مقذوفین حد اجرا میگردد .

## قذف دارای دوجنبه است

بین فقها دراینکه‌قذف دارای دوجنبه است یکی جنبه حق الله و دیگری‌حق الناس خلافی نیست دراینصورت ازجنبه خصوصی یا حق‌الناس اقامه حد منوط‌بدرخواست مقذوف میباشد زیرابشرافت و حیثیت مقذوف لطمه وارد آمده ولذاچنانچه مقذوف میت باشد درخواست قذف باورثه اواست . ولی خلاف مسئله درترجیح‌احد الحقین بردیگری میباشد که آیا درقذف حق الله راجح است یا حق‌الناس وثمره خلاف درفروع مسئله‌حاصل میشود بنابرمذهب حنفی و اوزاعی حق‌الله‌راجح است لذا حدقذف بعفو وصلح قابل اسقاط نمیباشد وبارث هم منتقل بورثه نمیشود ولـی بسیاری ازفقها جنبه خصوصی وحق‌الناس را درقذف ترجیح داده‌اند بنابراین آثار جنبه‌خصوصی‌ازلحاظ سقوط‌حدبعفو وصلح‌براو مترتب است ودرصورت فوت‌مقذوف

حق درخواست حدقذف بورثه منتقل میشود.

## حدشرب خمر

شرب خمر درشریعت اسلام حرام است برشارب ان اعم ازاینکه کم یازیاد بنوشد حد شرعی واجب است بموجب حدیث شریف **من شرب الخمر فاجلدوا** سایر مسکرات نزد اهل حجاز درحکم خمر است بموجب حدیث سریف **ما اسکر کثیره وقلیله حرام و کل مسکر خمر و کل خمر حرام.**

اما درمکتب اهل عراق ملاك حرمت سکر است ابوحنیفه گفته (۱) مناط حکم خدا برحرمت آخرین مرتبه مستی که زوال عقل است میباشد ومیزان زوال عقل بمذهب ابوحنیفه آنست که شارب خمر بین اشیاء تمیز ندهد اصحاب ابوحنیفه سکر را تعریف کردند باینکه کلمات شارب منظم ادا نشود ودر گفتار خود فرقی بین شوخی وجدی نگذارد.

## میزان حد شارب خمر

حد شارب خمر بمذهب شافعی چهل تازیانه است بیشتر از فقها گفته‌اند حد شارب خمر (۲) هشتاد تازیانه است هردوقول مستند بسنت نبی (ص) وعمل اصحاب میباشد مسلم از علی بن ابیطالب علیه السلام روایت کرده که فرمود پیغمبر بشارب خمر چهل تازیانه زد ابوبکر نیز چهل تازیانه زد لکن عمر هشتادتازیانه برشارب خمر زد.

عمر باشور علی بن ابیطالب (ع) هشتاد تازیانه زد چون شرب خمر درزمان او

---

(۱) بمذهب فقهای امامیه رضوان الله علیهم هرمسکر حرام است یعنی آنچه موجب سکر است ولواینکه دربعضی ازافراد بواسطه اعتیاد یا قلت آن اثر نکند زیرا موردحکم جنس مسکر است وشرب آن اعم از قلیل یا کثیر حرام است. مترجم.

(۲) بمذهب فقهای امامیه حدشارب خمر هشتادتازیانه است ودرحکم خمر است عصیر عنبی بعدازغلیان وقبل ازثلثان. مترجم

زیاد بود لذا قیاس کردند شرب خمررا بحد قذف که هشتاد تازیانه است چون ملاك حکم حد قذف یاوه گفتن است وشارب خمرهم هنگام مستی یاوه میگوید .

## اثبات شرب خمر درمحضر حاکم

شرب خمر ثابت میشود باقرارشارب وبینة شرعی بعقیده بسیاری ازفقها نظیر ابن مالك و ابن حنبل بموجب یکی از دو روایت استشمام رایحه خمر را در حلقوم شارب بتنهائی کافی دراثبات شرب خمر دانسته اند .

درخاتمه ناچار از بیان این مطلب میباشیم که حد هنگامی برشارب خمر واجب میشود که عالم بحرمت آن ومختار درشرب بوده باشد درصورتیکه شارب اجبار بشرب شود یا جاهل بموضوع باشد حدی براو نیست .

شرب خمر برای تداوای یادفع عطش بعقیده بسیاری ازفقها جائز نیست بموجب حدیث شریف **لم یجعل شفائکم فیما حرم علیکم** ابوحنیفه با تمام نظریات فوق مخالفت کرده ودرتمام موارد بالا باستناد الضرورات تبیح المحظورات شرب خمر را مباح دانسته .

## حدود دیگر

یکی ازامورمهمی که درهراجتماع و کشوری بمنظور بقای امنیت ونظام اجتماع مورد نظراست وضع قوانین ونظامات اجتماعی است که برای جلوگیری ازاختلال مقررمیگردد برای تخلف ازاین نظامات مقرره مجازاتهائی مقرر میگردد تا بدین وسیله جان ومال واحترام افراد دراجتماع مصون ومحفوظ باشد .

طبیعی است که درشریعت مقدس اسلام ازاین قبیل مقررات موجود است که جوامع اسلامی تابع آن نظامات میباشند اهم آن مقررات احترام باحکام دینی ومنع شدید ازمخالفت وخروج ازاطاعت امام واولی الامر (سلطان) میباشد،

درشریعت اسلامی مقررات شدیدی درحمایت ازدولت اسلامی ازخطرات‌فتن وعصیان اشرارداخلی وخارجی میباشد ازقبیل حدود وعقوباتی که برای محاربین و قطاع‌الطریق وبغاة ومرتدین وزنادقه وامثال آنهامقررشده احکام مزبوردر کتب‌فقه اسلامی معین ومبیّن است چون این کتاب کنجایش بیان تفصیلی تمام‌آن احکام ومقررات را ندارد بتعریف اجمالی ازاهم آن احکام اکتفا میشود و قبلا بتعریف بغاة میپردازیم .

## بغاة

مراد ازبغاة کسانی هستند که ازاطاعت سلطان درکشوراسلامی خارج‌میشوند مصداق بغاة درحال‌حاضر عصاتی هستند که‌بسبب سیاسی یا بقصد استیلا برحکومت یابقصد تغییر شکل‌حکومت یادستورات آن درمقابل دولت‌اسلامی قیام میکنند :

نسبت بچنین اشخاصی حکومت اسلامی سعی در رجوع آنهاباطاعت سلطان مینماید وچنانچه سعی‌دولت نتیجه ندادجائز است قتل‌وجنگ باآنهاتاعود ورجوع بحق واطاعت ازمقررات چنانچه خداوند متعال میفرماید **وان‌طائفتان‌من‌المومنين اقتتلو افاصلحوا بينهمافان بغت‌احديهماعلى‌الاخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفيئى الى امرالله فان فاءت‌فاصلحوابينهما بالعدل و اقسطوا ان الله يحب المقسطين** اگردو دسته ازمومنین بایك دیگر جنگ کنند بین‌آنها صلح دهید و اگریکی ازآنها بردیگری تجاوز کند جنگ کنید تا متجاوز بفرمان خدا بازآید پس‌ازآن میـان آن دودسته باعدالت و انصاف اصلاح دهید که خدا انصاف گرانرا دوست میدارد .

## دوم‌قطاع الطریق

راهزنان ومحاربین کسانی هستند که مسلّحانه درطرق وشوارع قیام میکنند ومانع عبور ومرور مردم علناًوقهراً میشوند درداخل وخارج شهرها .

قطاع الطريق را جمعی ازفقها بشرح مزبور تعریف کرده اند لکن ابوحنیفه و بعضی دیگر ازفقها قاطع الطریق رامنحصر بخارج شهر وبیابان دانسته اند و گفته اند مصداق قطاع الطریق کسانی هستند که درخارج ازشهرها مسلّحانه مانع عبور قوافل و عابرین میشوند .

درهرصورت نسبت باین دسته ازمتجاوزین بحقوق مردم خداوند متعال مقرر داشته **انما جزاء الذین یحاربون الله و رسوله ویسعون فی الارض فسادا ان یقتلوا او یصلبوا اوتقطع ایدیهم وارجلهم من خلاف اوینفو من الارض ذالك لهم خزی فی الدنیاولهم فی الاخرة عذاب عظیم الاالذین تابوامن قبل ان تقدروا علیهم فاعلموا ان الله غفور رحیم (۲) .**

جزای کسانی که محارب بادین خداورسول میباشند وموجب فسادروی زمین میشوند اینست که بکشند یابداربیاویزند ویادست وپای آنها راقطع کنند یاآنها را ازروی زمین براننداینست هلاك چنین مردی دردنیا وبرای آنهااست درآخرت عذاب بزرگتری مگر کسانیکه قبل ازتسلط قوای اسلام برآنها توبه نمایند بدانید خدا بخشنده ومهربان است .

بین مفسرین درمعنی نفی درآیه شریفه اختلاف است بعضی گفته اند مراد از نفی حبس است وبعضی دیگرنفی راتبعید دانسته اند وهمچنین درمجازاتهای مقرره در آیه شریفه اختلاف است بعضی ازفقها حاکم رامختاردانستند که درباره قطاع الطریق هرکدام ازمجازاتها راکه صلاح میداند اجرا نماید بعضی دیگر ازفقها حکم قتل وصلب رامجازات قطاع الطریقی دانسته اند که مرتکب قتل شده باشد و قطع دست و پارامجازات قطاع الطریقی دانسته اند که مرتکب سرقت شده باشد ونفی مجازات آنهائی است که صرفاً راه عبور رابرمردم بسته باشند .

---

۱ـ سوره حجرات (۴۹) ۱۳

۲ـ سوره مائده (۵) ۳۳

## مرتد

مرتد کسی است که برغبت و اختیار ازاسلام رجوع کرده باشد قولا یا فعلا بچنین شخصی باید قبلا اسلام عرضه‌شود اگر توبه کرد و اسلام را قبول نمود درزمره مسلمین است ودر حمایت اسلام قرار میگیرد واگر اسلام راقبول نکند وتوبه ننماید بقتل میرسد بموجب حدیث شریف.

**من بدل دینه فاقتلوه** دراین‌موردفرقی بین‌زن و مرد نیست‌وحکم‌هر دو یکسان است خلافی دراطلاق حکم‌نیست مگر اینکه ابوحنیفه گفته اگر مرتد زن‌باشدباید حبس‌شود تاتوبه کند.

## تعزیر

حدودی که در مباحث پیش گذشت احکام جرائمی بود که حکم هریك در شریعت اسلام تعیین‌شده بعضی ازجرائم وتخلفات دیگرهست که خلاف قانون‌اسلام میباشد لکن‌حکم بخصوصی درمقابل آن‌تخلفات مقرر نشده وجزای آن باختیارامام واگذار گردیده که بنحو مقتضی مجرم ومتخلف را مجازات نماید در اصطلاح شرع اسلام باین‌قبیل مجازاتها که باختیار اماموحاکم است‌تعزیر گفته میشود معنی‌لغوی تعزیرمنع است واصطلاحاً عبارت ازجزائی است که‌حاکم برای تخلفات وجرائم مختلفه‌ای که جزای آن منصوص نیست‌تعیین‌میکند.

تعزیر درمواردی تحقق‌میابد که شرایط حدشرعی در آن مورد موجود نباشد مثل‌اینکه کسی‌مالی‌راسرقت‌نماید که‌بحدنصاب سرقت‌نرسد یا کسی‌اختلاس یاغصب نماید یادیگری را بعمل ناپسندی بغیرزنا متهم سازد حرمت این نوع ازاعمال شرعاً مسلم‌است ومرتکب باید مجازات‌شود لکن حکم‌بخصوصی برای این نوع اعمال‌در شرع اسلام تعیین نشده بلکه تادیب متخلف وجزای آن که‌تعبیر بتعزیر میشود بسته‌بنظرحاکم‌است که مرتکب‌رابه‌تناسب عمل‌مجازات نماید گاهی‌تعزیردرمواردی

مستحقق میشود کـه عمل ارتکابی از جنس اعمالی که حد بـر آن واجب است نمیباشد و این نوع از اعمال بسیار و غیـر محصوراست مثلا اگـر کسی سیلی بصورت دیگری بزند بنحوی که بحدقصاص یادیه نرسددراین موردحا کم ضارب را تادیب میکند .

ابن نجیم ازعینی نقل کرده اگر کسی شهرت بفساد وشرارت وتزویر داشته باشد قاضی حق دارد اورا برای جلو گیری ازنشرفساد نفی بلد نماید و نیزاز ابی الفضل نقل شده که قاضی حق دارد کسیکه معروف بسرقت است حبس نماید تاتوبه کند ابن بزاز گفته اگر متخاصمین درحضورقاضی بیك دیگر دشنام دهند قاضی حق داردآنها را تادیب وحبس نماید چون منظورشارع ازتشریع تعزیرتادیب متخلف از مقررات شرعیه وعبرت دیگران میباشد تخلف ازنظامات عمومی خلاف منظورمقنن وشارع است ازطرفی چون نوع مردم ازلحاظ تربیت اخلاق متفاوت میباشند تادیب متخلفین هم قهراً متفاوت است مثلابعضی ازافراد بااشاره و کنایه تنبیه وتأدیب میشوند بعضی دیگر تأدیب میشوند بضرب وحبس تادیب بعضی دیگرملازم با جریمه یا نفی بلد میباشد وهمانطوریکه تربیت اشخاص متفاوت است تخلفات نیزازلحاظ اهمیت مختلف میباشد لذا شارع درمورد تعزیرحا کم را مختارفرموده که متخلف ازمقررات شرعیه را بمقتضای اوضاع واحـوال واشخاص تنبیه وتـادیب نمایـد ابـن نجیم روایت کرده که عمروبن خطاب خانه قماررا خراب کرد و امـر بتخریب خـانـه فاسق داد .

درتعزیر بضرب وتعداد آن بین فقها اختلاف است احمد بن حنبل بنابروایت مشهورواهل ظاهر گفته‌اند تعداد ضرب درتعزیر نباید ازده تازیانه تجاوزنماید بموجب حدیثی که وارد شده .

**لا تجلدوا فوق عشر جلدات اوعشر اسواط الافی حد من حد ودالله**

بعضی ازفقها این حدیث رامنسوخ میدانند بعمل اصحاب زیرا درتعزیر ازده

تازیانه تجاوز نمودند لکن این جماعت گفته‌اند تعداد تازیانه درتعزیر نباید زیاد تر ازاقل حد باشد ولذا میزان ضرب تازیانه در تعزیر بمذهب ابی حنیفه تا چهل عدد است .

بمذهب شافعی حد اکثر ضرب تازیانه درتعزیر چهل ضربه است در آزاد و در بنده بیست ضربه دلیل این جماعت حدیث شریف **من بلغ حدا فی غیر حد فهو من المعتدین** میباشد .

دلیل دیگر آنکه باید مجازات باجرم تناسب داشته باشد بتناسب هریك از جرائم بزرگ درشریعت اسلام جزائی مقرر شده و آنچه ازتخلفات شرعیه وجزای آن تعیین نشده بسته بنظر حاکم است .

اینها جرائم قلیلی است که قهراً باید مجازات آن نیز کمتر باشد زیرا اعظم جزا برای اهون جرم جائز نیست عقلا .

بعضی دیگر ازفقها که از آن جمله مالك ابن انس است درتعزیر تعداد ضربه‌را گفته‌اند بسته بنظر ومصلحتی است که قاضی تشخیص دهد وحدیث ده تازیانه رامختص بزمان نبی دانسته‌اند.

دلیل این جماعت روایتی است که عمر معن بن زائد را بجرم تزویر درخاتم بیت المال یکصد تازیانه زد و پس از آن حبس ونفی بلد نمود دراین مسئله اقوال دیگری هم هست که مجالی برای ذکر آن اقوال نیست .

## تعزیر دارای دو جنبه است

تعزیر هم مانند حدود دارای دوجنبه است جنبه خصوصی وعمومی ازجرائمی که جنبه عمومی دارد تعبیر بحق الله میشود و آنچه جنبه خصوصی دارد بحق الناس تعبیر میشود چنانچه درمبحث حدود تفصیلا بیان شد اگر درتخلفی دوجنبه جمع شود اگر جنبه عمومی راجح باشد مانند تزویر وافساد واضرار بنوع مردم عفو متضرر

درسقوط حکم تعزیر مؤثر نیست واگر حق الناس وجنبه خصوصی راجح باشد گذشت مدعی خصوصی درسقوط حکم تعزیر مؤثر است مانند ضرب وشتم .

نظر باینکه تخلفات ازقوانین شرعیه وارتکاب مناهی متعدد بتعداد احکـام میباشد بیشتر ازنوع حوادث تخلفاتی است که حدود وجرای آنها درشرع مقرر نشده است ولذا جزای این قسمت ازتخلفات بسته بنظر حاکم است که بمقتضای اوضاع و احوال وزمان ومکان واشخاص وتناسب جرائم وتخلفات مرتکب رامجازات وتادیب نماید بنابراین تعزیر درشریعت اسلام یکی ازوسائل عادله است که دست حاکم رادر اجرای مجازات بازداشته وبا این وسیله حاکم مجال وفرصت خواهد داشت که طبق مصلحت دراجرای تعزیر قیام نموده و حقوق نوعی واجتماعی افراد را در اجتماع تأمین نماید وجود این نوع مقررات در شریعت اسلام دلیل دیگری است براینکه برخلاف تصور بعضی مقررات این شریعت مقدس دارای جمود نیست بلکه احکام آن تابع مصالح ومفاسدی میباشد که درهر تطوری بمقتضای زمان ومکان ومصلحت قابل تبدیل است همین حکم تعزیر واختیار حاکم در تعیین مجازات مانند سایر مواردی که قاضی مختار میباشد برای اجرای عدالت حقه درتطبیق احکام جزائی بامقتضیات زمان و مکان باجرم ومجرم برای رسیدن بمطلوب واقعی ازتشریع ووضع قوانین جزائی که تأدیب مجرم وعبرت دیگران میباشد کافی است بدون شك با این رویه باب وسیعی برای اقتباس قوانین جزائی جدید ازاین اصل بازمیشود .

# ضمان وحدود

آنچه درفصل پیش بیان شد متعلق بتحقیقات وجرائمی بود که جنبه عمومی دارد وباصطلاح شرعی حق الله است بعبارت دیگر افعال محرمه‌ای مورد بحث بود که بر مرتکب آن حد یا تعزیر واجب میباشد دراین کتاب بیش از آنچه ذکر شد دراین مسئله اقتضاء نداشت واین مقدار هم که مورد بحث قرار گرفت ازلحاظ مسئولیت مدنی میباشد که ناشی ازارتکاب آن اعمال محرمه است وباموضوع بحث مادر این کتاب تناسب دارد .

طبیعی است نسبت بافعال محرمه که صرفاً جنبه عمومی دارد وباصطلاح شرعی حق الله محضه است مانند شرب خمر ورده دراسلام علیه مرتکب اقامه دعوی خصوصی نمیشود وصرفاً ازجنبه عمومی حاکم مرتکب راتعقیب ومجازات میکند لکن اگر در فعلی ازافعال محرمه جنبه عمومی وخصوصی جمع شود مانندزنایاقذف ومرتکب ازجنبه عمومی مجازات شود آیا مرتکب مکلف بجبران زیان متضررومدعی خصوصی هست یانه مثلاً اگر کسی مرتکب سرقت شد وطبق قانون شرع دست اورا حاکم قطع کرد آیا پس ازاجرای حدسارق مکلف بردمال مسروقه یاقیمت یامثل اومیباشد یاخیر پاسخ این سئوال دردوحالت بقای عین مال مسروقه وتلف آن فرق میکند .

درصورت بقای عین مال مسروقه تردیدی نیست دراینکه صاحب مال حق استرداد آنرادارد باستناد حدیث **من وجد عین ماله عند رجل فهو احق به** واگر نمائی هم درمال حاصل شده باشد متعلق بصاحب مال است وچنانچه سارق تصرفات ناقله درمال مسروقه نموده باشد اعم ازبیع یاهبه یاغیر آنها از اسباب تصرف صاحب مال حق استردادمال خودرا ازمشتری دارد .

ولی اگر سارق درخودمال مسروقه تصرفاتی کرده باشد که موجب تغییرمال یانقصان یااختلاط آن شده باشد ازلحاظ ضمان تابع احکام غصب است که درمحل خود بیان خواهدشد .

امـادرصورتیکه مال‌مسـروقه تلف شده‌باشد آیاسارق ضامن‌مثل یا قیمت آن میباشد یاخیر بین‌فقهاخلاف است‌وسه قول‌درمسئله میباشد .

قول اول که مختار شافعی وابن حنبل وبعضی دیگر ازفقهـا میباشد آنستکه اجرای‌حدمسقط ضمان‌نمیباشد ودرهرصورت اعم‌ازبقای عین‌وتلف آن‌سارق‌ضامن‌است ودرصورت تلف‌سارق ضامن مثل‌یاقیمت مال‌مسروقه است اجرای حدازجنبه عمومی آن‌بوده وضمان ازجنبه‌خصوصی متضرراست‌چنانچه همین‌حکم درموردقاطع‌الطریق وهر متخلف‌دیگری اجرا میشود وازاین لحاظ فرقی بین‌آنها نیست هر کسی‌تلف کند مال‌غیررا ضامن است .

قول دوم که مختارابن مالك است آنستکه برای یك جرم دومجازات که‌قطع ید وضمان‌باشد جمع نمیشود مگراینکه سارق معسر باشد وعدم‌توانائی‌مالی‌اواززمان سرقت تااجرای حد متصل باشد طرفداران این قول استدلال کردند باینکه اگـر سارق ضامن مال مسروقه باشد باید گفته شود که‌سارق بمجرد سرقت مال مسروقه را متملك شده وبا این فرض تصرف درمالی کرده که ضامن مثل یاقیمت آن میباشد بنا براین دیگرصدق سارق براونمیشود که درباره اواجرای حد شود بلکه تابـع احکام ومقررات غصب قرارمیگیرد این جماعت تفصیل مزبـوررا مستند بـروایت **لایغرم السارق اذا اقیم علیه الحد** میدانند بطوریکه ملاحـظه میشود قـول دوم موجب حرج وضرربسیاری برای مردم است وروایتی که مستند مالکی هـا است بسیاری ازفقهاآن را تضعیف کردند این روایت درصحیحین دیده نشده وغیرنسائـی درکتب سنن کسی‌آنرا ذکرنکرده نسائی هم پس ازذکرروایت گفته ایـن روایت منقطع است اما استدلال عقلی مالکیها مبنی براینکه ضمان‌مملك مال مسروقه‌است فرض غیرموجهی است زیرا تاکنون کسی نگفته ضمان دراتلاف وهلاك واستهلاك مملك است .

در مذهب حنفی بعض مستثنیات بقاعده قیاس یافت میشود که اهـم آنـهـا نقل میشود .

یکی آنکه اگر مال مسروقه تلف شود حد بسبب شبهه ساقط میشود ودرصورت سقوط حد سارق ضامن مال مسروقه است .

دوم آنکه اگر کسی مرتکب سرقتهای متعدد شود بموجب قاعده تداخل یك حد زیاد تر درباره او اجرا نمیشود واگر در حضور یکی از صاحبان مال اقامه حد گردید ذمه سارق نسبت بآن یکنفر بری میشود و نسبت بدیگران مشغول است .

سوم آنکه روایت کرده هشام ازمحمد باینکه ساقط میشود ضمان ازسارق در مرحله قضاوت چون برقاضی مشکل است حکم بحد وضمان هردوبدهد لکن روی مبانی دینی سارق ضامن است .

## نظائر این مستثنیات درغیرسرقت

درغیرسرقت امثله‌ای ازضررمادی درموارد وحالات دیگر یافت میشود مثلا بعض فقها گفته‌اند آنچه بغاة وظلمه درحال جنگ ازاموال اهل عدل تلف نمایند ضامن نمیباشد واستدلال نمودند براین که عدم ضمان اموال متلفه نحوه‌ای ازتألیف قلوب اهل ظلم میباشد که تسلیم باسلام شوند :

لکن شافعی وابن حنبل مخالف این عقیده میباشند گفته‌اند بغاة و ظلمه ضامن اموال تلف شده هستند ومکلف بجبران خسارات اهل عدل میباشند بدلیل احترام اموال مردم وتادیب ظلمه وعبرت دیگران درمذهب حنفی برخلاف قاعده استنادیه خودشان درمواردی حد وضمان باهم جمع میشوند مثل اینکه اگر کسی باباکره‌ای زنا کند علاوه ازاینکه بزانی حد شرعی اجرا میشود ضامن نقصان بکارت هم میباشد وهمینطوراست اگرمسلمی شراب ذمی را غصب نموده و بیاشامد علاوه براینکه حد شارب خمر براوجاری میشود مکلف بادای قیمت شراب ذمی میباشد .

آنچه تا کنون ذکر شد احکام افعالی بود که متعاقب بحد شرعی میباشد افعال محرمه دیگری هم هست که تحت عنوان اخذ مال غیر بدون مجوز میباشد اعم ازاینکه مرتکب آن تعزیر بشود یانه چنین مواردی تابع احکام غصب واتلاف است که بزودی بحث آن خواهد آمد .

# فصل سوم

## درجنایات وجرائم جسمانی

کلمه جنایت یاجرم درلغت بمعنی گناهمیباشد دراصطلاح فقها عبارت ازهر تجاوز وتعدی میباشد که برجان یا عرض یامال مردم بشود درقوانین جزائی جدید کلمه جنایت اطلاق میشود بجرائم بزرگی که دارای مجازاتی شدید است .

این کلمه بصورت مخصوصی در کتب فقهی اطلاق میشود برجنایاتی که بر ابدان واجساد فقط مانند قتل یاقطع اعضاء یاجرح واقع میشود ماتبعیت از کتب فقه اسلامی نموده و کلمه جنایت را بمعنی خاص فقها استعمال خواهیم کرد اهم جنایات اززمان قدیم جنایات جسمانی بود که استحقاق بزرگترین مجازات را داشته و لذا شرایع قدیم نظام مقررات جزائی را برای حفظ نفوس برانتقام شخصی قرار داده بودند وباشدت قانون قصاص دراجتماعات قدیم اجرا میشد از کلمات حکماء قدیم عرب است که القتل انفی للقتل قانون قصاص منطبق با عدل غریزی و مساوات فطری است لکن تطورات حاصله درملل مجازات را بتدریج تخفیف داد و فلسفه تادیب جنائی وعبرت دیگران جانشین انتقام شخصی گردید بنحوی که اینك عنصر اساسی در قوانین جزائی فلسفه مزبورمیباشد .

این تخفیف تدریجی درمجازات همدوش بامدنیت اجتماعات آنقدر پیشروی کرد که قانون قصاص در جنایات منحصر باعدام قاتل گردید و درباقی جنایات جسمانی

قاعده مماثله یاقصاص ازصفحات قوانین جزائی محـوشده وبجای آنها مجازاتهای خفیفتری قرار گرفته کهاهم آنمجازاتها حبس وغرامتمالیمیباشد .

## قصاص در شرع اسلام

از بدیهیات تاریخ عرب درجاهلیت آنستکه زندگانی بسیطعربی آنزمان بسته بقدرت وتوانائی قبیلهوعشیره بود هر گاه فردی ازقبیله نسبت بیکی ازافراد قبیله دیگرمرتکب جنایتی میشد قبیله مجنیعلیه برایانتقام وطلب خوناو قیاممیکردند نهضتقبیلهمجنیعلیهاستوار بود تا آنکهجانی قصاصشود چه بساسالهاقتالوخونریزی بین قبایل ادامه پیدامیکرد تابقصاص یاصلح خاتمه میافت شرافت وعزتهرقبیلهای بحفظ اساس ومقررات انتقام و قصاص بستهبود لذاآنقدر قبائلعرب دراین موضوع پافشاری میکردند که گاهی بفناء قبیله خاتمه میافت یکیازاسبابتفاخر قبابل عرب بریکدیگر حسانتقامجوئیبود همواره درسخنرانیهاوحماسهسرائیهابراینصفتقبائل مباهاتمیکردند اینرویه بیناعرابجریانداشتتاطلوعاسلام کهقانونقصاصدراسلام تائیدشدچون قانون قصاص باحیات اجتماعیاعرابسازش داشت لذابموجب آیهشریفه (۱)**فمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم** وآیهشریفه(۲) **یاایها الذین آمنوا کتب علیکم القصاص فی القتلی الحر بالحر والعبد بالعبد والانثی بالانثی** وآیهٔ شریفه (۳) **وکتبنا علیهم فیها ان النفس بالنفس والعین با العین والانف بـالانف والاذن بـالاذن والجروح قصاص .**

قانون قصاص درقتلوقطع اعضاء وجراحات مقرر شده ودرسنت قانونقصاص محصور گردیدبجنایات عمدیومواردی که مماثله در آنصحیحباشد چنانچه بیاناین

---

(۱) سورهٔ بقره (۲)۱۹۰

(۲) سورهٔ بقره (۲)۱۷۳

(۳) سورهٔ مائده (۵)۴۹

مطلب قریبا خواهد آمد .

فلسفه تشریع قانون قصاص تشفی قلوب اولیاء مجنی علیه وفرونشستن آتش انتقام میباشد چنانچه سرخسی گفته قصاص درشرع واجب شد بمنظور گرفتن انتقام وشفاء قلوب ورفع غضب اولیاء مقتول یامجروح گرچه این مزایا در قانون قصاص موجود است لکن علت تشریع آن تادیب جانی وعبرت دیگران بمنظور حفظ نظام اجتماع میباشد چنانچه درقرآن مجید آمده که .

**ولکم فی القصاص حیات یااولی الالباب .**

## معنی قصاص

قصاص در اسلام مجازات جرائمی است کـه جنبه خصوصی دارد ولذا بعفو و صلح ازطرف صاحب حق (مدعی خصوصی) ساقط میشود خداوند در قرآن فرمود

**فمن عفی له من اخیه شیئی فاتباع بالمعروف واداء الیه باحسان ذالک تخفیف من ربکم ورحمة فمن اعتدی بعدذالک فله عذاب الیم .**

این آیه شریفه تفسیر شده بآنچه درحیات اجتماعی عرب میگذشته اززشتی و خونریزی بین قبائل که منجر بفتنه‌ها ونابودی قبائل میشد و وحدت اجتماعی عرب را مختل ونابود مینمود لذا بمصلحت جامعه عربی و ایجاد صلح بین قبایل عـرب وایجاد روابط دوستی وهمسایگی که اساس حیات اجتماعی است این دستور نازل شد .

## قصاص ازجهاتی بجزای عمومی شباهت دارد

بمنظور تکمیل بحث خودناچار از اضافه مطلبی بمقاله گـذشته میباشیم که مجازات قصاص ازجهاتی شبیه بمجازاتهائی است که جنبه عمومی دارد .

اولا بنظر بیشترازفقها امرقصاص بوسیله اولیاء دم اجرا نمیشود بلکه اجرای آن مربوط بحاکم است واگر مقتول ولی دم نداشته باشد استیفاء وقصاص باحاکم است

و دراینصورت حاکم حق قصاص وصلح رادارد لکن چون عفو برضرر عموم است حاکم حق عفوجانی راندارد .

ثانیاً اگرقتل باخدعه وتزویر یامخفیانه واقع شده باشد اولیاء دم حق صلح یاعفواز قصاص راندارد مثل اینکه کسی بقصد ربودن مالی داخل خانه مقتول شده باشد ومستحفظ مال را کشته باشد دراینصورت عفو یاصلح اولیاءدم مؤثر دراعدام قاتل نمیباشد چون این نحوه ازقتل ملحق بمجازات عمومی میباشد همچنین است قطع اعضاء مانند قطع دست یاپا یا کور کردن چشم وامثال اینها .

اما در مورد قتل عادی که عمداً واقع شود درصورت عفو یاصلح اولیاء دم قصاص ساقط میشود لکن حاکم یکصد تازیانه بقاتل میزند واوراحبس یانفی بلد میکند .

ثالثاً درمباحث حدود وتعزیر گفته شد که درصورت عفو یاصلح بامدعی خصوصی حاکم مکلف است جانی را تأدیب نماید بعنوان تعزیر بهرنوع که مقتضی بداند از توبیخ یاجلد یانفی بلد حتی درصورت تکرار قتل یا اصرار درفساد اورابقتل برساند .

ادله فوق وامثال آنها تأیید میکند نظریه مارا که قصاص جنبه خصوصی محض ندارد بلکه نحوه مجازاتی خاص است که بامجازاتهای عمومی هم شباهت دارد تاهمان مقدار که حاکم دراجرای آن دخالت دارد زیراحاکم اجرای امر قصاص راعهده دار است وحق تبدیل قصاص رابمجازات دیگری که قائم مقام قصاص باشد دارد .

## جنایات مجازاتهای دیگری هم دارد

بطوریکه ذکر شد جنایات جسمانی عبارت ازقتل وقطع اعضاء وجراحات میباشد.
قصاص مجازات جنایاتی است که مماثله درآنها صحیح باشد یعنی جزاء بمثل ممکن باشد مانند قتل یاقطع دست یا شکستن دندان یابریدن گوش وامثال اینها اما در مواردی که جزاء بمثل ممکن نباشد مثل اینکه قسمتی از گوشت بدن را بریده باشد

چون جزاء بمثل ممکن نیست دراینصورت جانی محکوم بدیه یاارش یانظر حکومت عدل خواهدبود.

دیه عبارت از مالی است که درجنایات بدل ازنفس بمجنی علیه داده میشود.

ارش عبارت از مالی است که بمجروح داده میشود لکن مقدار آن کمتر ازبدل نفس است.

نظر حکومت بدل مجازاتی است که حاکم بمقتضای اوضاع واحوال جنایت برطبق احکام وسنن شرعی درنظر میگیرد در شریعت اسلام برای هریك از جنایات علاوه ازمجازات دنیوی جزای اخروی هم تعیین شده که ضمن احکام قضائی در کتب فقهی اسلامی بیان شده وچون قسمت جزائی اخروی ازموضوع بحث ما خارج است بذکر مختصری از احکام قصاص اکتفاء میشود.

## قتل وانواع آن

قتل دارای انـواع مختلفی است وهریك از انـواع قتل احکام مخصوص بخود دارند.

## انواع قتل

قتل عمد . شبه عمد وخطاو آنچه ملحق بخطااست قتل تسبیب وقتل بحق.

## قتل عمد

قتل عمد آنست که قاتل بقصد با آلت قتاله مرتکب قتل شود درشرع اسلام و بسیاری ازقوانین دیگر مجازات این قتل اعدام قاتل است.

مراد ازعمد قصد است چنانچه حین ارتکاب قاتل باقصد قتل اقدام کند عامد است اعم ازاینکه قصد اومسبوق بتصوریا تصمیم قبلی باشدیانباشد درهرصورت قصد

حین ارتکاب شرط است درقانون انگلستان هم سبق تصمیم را برای استحقاق اعدام قاتل شرط ندانسته‌اجرای حکم اعدام قاتل عامد موافق باعدل است بمنظورحمایت جان مردم وتقلیل جنایات درتمام اجتماعات این‌حکم ضروری است دربعضی‌قوانین سبق تصوروتصمیم قاتل‌را دراستحقاق اعدام‌قاتل شرط میدانند ازآنجمله است‌قانون عثمانی لبنانی درماده ۱۷۰ و۵٤۹

## شرایط قصاص

درشریعت اسلام اجرای قصاص قاتل مشروط بشرایطی درقاتل وشرایطی در مقتول میباشد .

ازشرایط‌قاتل درقصاص عقل وبلوغ است دیگرآنکه قاتل پدرمقتول نباشد همچنین صغیرومجنون قصاص‌نمیشوند برای‌آنکه فاقد تکلیف میباشند پدرمقتول قصاص نمیشود برای آنکه‌شبهه فقدان قصد میرودوممکن‌است‌بقصد تأدیب اورازده باشد ومنجر بقتل شده زیرا قصاص بشبهه ساقط میشود بنابراین قتل پدرفرزندخود را بواسطه شبهه فقدان قصد ملحق بقتل شبه عمد خواهد شد لذا بنا برمذهب مالك اگرپدری بقصد قتل فرزند خودرا بکشد قصاص واجب است مثـل اینکه سراورا ببرد یاشکمش راپاره کند .

درهرصورت درتمام‌مواردی که قصاص ممکن نباشد واجب است برقاتل کـه دیه بدهد واما اگرقاتل مکره برقتل باشد مثل اینکه مأمور کسی یامقامی مانـند سلطان‌باشد که مجبوربامتثال امربوده باشد دراینصورت آیا قصاص برآمراست یـا مأموریا هردویاآنکه دراینمورد قصاص نیست دراین مسئله فقها اختلاف کـردند مالك وحنبلی وشافعی دریکی ازدوقولش قصاص را برَ آمرومأمورواجب دانسته‌انـد ابی حنیفه ومحمد بن یوسف وشافعی درقول دیگرش قصاص را بـر آمر تنها واجب دانسته‌اند چون مأمورمجبوربوده .

زفیر وپیروان مذهب ظاهری گفته اند قصاص بر مـأمور است کـه مباشر بوده.

ابویوسف مورد را مشمول پرداخت دیه دانسته است و گفته قصاص دراین مورد ساقط میشود.

## شرط مقتول

قصاص قاتل منوط براینست که دم مقتول وقاتل مساوی یادم مقتول بالاتر از دم قاتل باشد ازجهت حریت ودیانت دراین شرط ابوحنیفه مخالفت کرده و گفته است کشته میشود هر کسی کـه عبدی را بکشد و کـذا مسلمان اگـر کافری را بکشد.

## وسیله اعدام قاتل

بیشتر ازفقها گفته‌اند قصاص بهمان وسیله وطریقی که مقتول بقتل رسیده باید اجرا شود بشرط آنکه آن وسیله حرام نباشد نظر برعایت مماثله درقصاص ابـن حنبل دریکی ازدوقولش قصاص را بوسیله شمشیرواجب دانسته بموجب حـدیث **لاقود الا بالسیف**.

چنانچه درحدود گفته شد اگر قاتل زن حامله باشد قبل ازوضع حمل قصاص نمیشود.

## قصاص حق اولیاء مقتول است

قصاص حق خصوصی است که متعلق باولیاء مقتول میباشد که بنظر بیشتر از فقها اولیاء مقتول وارث اومیباشند مگر مالك که گفته اولیاء مقتول باستثنای دختر وخواهروزوج وزوجه مقتول سایر فامیلش میباشند اولیاء مقتول میتوانند اسقاط

نمایند حق قصاص را بعفو یا صلح بمال یاغیر آن و اگر بعضی ازورثه بطریقی حق قصاص را ساقط کنند قصاص ساقط میشود چون حق قصاص قابل تجزیه نیست بموجب حدیث شریف . **من قتل له قتیل فهو بخیر النظرین اما ان یقاد واما ان یفدی .**
بنظر ابوحنیفه در تبدیل قصاص بدیه از طرف اولیاء مقتول رضایت قاتل شرط نیست .

## قتل شبه عمد

یکی دیگر ازانواع قتل قتل شبه عمد است در تعریف وحکم قتل شبه عمد بین فقها اختلاف است تعریف مشهوری که ازقتل شبه عمد شده چنین است که جانی بقصد ضرب یاوسیله که عادتاً معد برای قتل نیست مرتکب قتل شده باشد باین نحوه ازقتل شبه عمد میگویند حکم آن بمذهب مالکی حکم قتل عمد است لکن باقی ائمه گفته‌اند و باید قاتل دیه کامل بدهد معنی دیه بعداً توضیح داده خواهد شد .

## قتل خطای محض

مراد ازقتل خطا آنستکه برخلاف اراده شخصی واقع شود مثل اینکه تیر برای شکار رها شود واتفاقاً بانسانی اصابت کند وبعبارت ابی یوسف انسانی تیر بقصدی رها میکند واصابه بچیز دیگر میکند دراین موارد قصاص برضارب نیست بلکه باید دیه عادی بدهد .

## قتل ملحق بخطا

اگر کسی درحال خواب یابیهوشی ساقط شود روی دیگری واورا خفه کند این قتل درحکم خطای محض است .

## قتل تسبیب

قتل تسبیب عبارتست ازاینکه قاتل مباشرت درقتل نکرده باشد بـلکه سبب قتل شده‌مثل آنکه چاهی درغیرملك خود حفر کرده باشد یاسنگی درطریق عام‌قرار داده باشد عابری درچاه سقوط نموده یابسنگ اصابت نماید وفوت کند دراین‌مورد مجازات قاتل قصاص نیست بلکه باید دیه بدهد .

امتیازبین مباشرت وتسبیب را درباب‌اتلاف باذکرامثله‌ای بیان خواهیم کرد اگرتسبیب عمدی باشد مثل اینکه حاکمی ظلماوعمداً حکم قتل بی‌گناهی راصادر نماید یاشهودشهادت کذب علیه فرد بی‌گناهی برقتل دهند شخص بی‌گناه بقتل‌رسد پس ازاجرای حکم بموجب اقرارحاکم یاشهود یاوسائل دیگرثابت شود که متعمد درظلم و کذب بودند بعقیده شافعی وابن‌حنبل حکم آن قصاص است لکن ابن‌مالك نسبت بقاضی حکم بقصاص کرده نه درمورد شهود اما بنا بر آنچه ازاشهب بن عبد۔ العزیزقیسی مالکی روایت شده دراین مورد بطورمطلق مسبب اعم ازقاضی و شهود قصاص میشوند ابوحنیفه دراین موارد گفته قصاص واجب نیست زیرا قاضی وشهود مباشرت درقتل نکرده‌اند بلکه سبب بوده‌اند مانند حفرچاه که ذکرشد حنفیها در مورد کسیکه دیگری راحبس کند تابمیرد گفته‌اند حابس ضامن قتل نیست‌فقطباید تعزیرشود ولی ابویوسف ومحمد بن حسن که ازاعاظم فقهای‌حنفی میباشندحابس را ضامن دیه میدانند چون سبب قتل بوده .

## قتل بحق

درجمیع مواردی که‌ذکرشدقتل بدون‌مجوز وحق قانونی بوده‌امااگرقتل با مجوز وحق قانونی باشد مانندقتل جلادمحکوم رابحکم حاکم یا آنکه کسی ازنظر دفاع نفس یا مال یاناموس خودکسی رابکشد بشرط آنکه دفـاع بجزقتل ممکن

نباشد در اینمورد دیه بر قاتل نیست مثل اینکه اگر کسی مشاهده کند مرداجنبی با زنش یاخواهریا مادرش زنا میکند بنظر بیشتر ازفقها جائز است آنها را بکشد ونیز اگرحاکم درموردی شخص متخلف راتعزیر نماید درحین اجرای تعزیر مضروب فوت کند قصاص برحاکم ودیه بربیت المال تعلق نمیگیرد.

بنا بنظر بیشتر ازفقها لکن بنظرشافعی دراین مورد دیه برامام واجب وبعض دیگر گفته‌اند دیه باید ازبیت المال پرداخت شود .

## قسامه

درخاتمه بی تناسب نیست اشاره باثبات قتل بقسامه شود ازطرق اثبات قتل درجاهلیت قسامه بود که شریعت اسلام آنرا تأیید وتجویز نمود .

قسامه بعقیده بعضی ازفقها درموردی مثبت قتل است که قتلی اتفاق افتد و قاتل معلوم نباشد اگراولیاء مقتول فردی یاجماعتی رابعنوان قاتل معرفی نمایند باید پنجاه قسم برصدق دعوی خود یاد کنند .

بعضی دیگرازفقها گفته اند برمدعی علیه است که پنجاه قسم بربرائت خود یاد کند .

درهرصورت قسامه ازمسائل اجماعی بین فقهامیباشد مگرطایفه‌ای که از آنجمله عمر بن عبدالعزیز است این جماعت قسامه را بطوراطلاق جائز نمیدانند درهرحال بین مذاهب درشروط واحکام قسامه اختلاف است که در این کتاب مجال بیان تفصیلی آن اختلافات نیست لذا اکتفا میشود بآنچه درالمجله ذکر شده ما عین عبارت المجله را نقل میکنیم اگریافت شود مقتولی درمکانی یامحله ای که مالك ندارد وقاتل هم معلوم نباشد قسامه ودیه براهل محل واجب است واگر قاتل بابینه یا اقرارثابت شود یااینکه قاتل معروف باشد نزد اهل محل قسامه و دیه بر اهل محل نیست .

واگرادعی کنند ورثه مقتول که فردی ازغیر اهل محل قاتل است یا مدعی قتل برفردی ازافراد اهل محل شوند دراینصورت قسامه ودیه ازاهـل محل ساقـط میشود و اگر اهل محل بدعوی وارث شهـادت دهنـد شهادت آنهـا قبول خواهد بود .

## قصاص جنایاتی که کمتر ازقتل میباشد

جنایاتی که بر بدن انسان واقع میشودو کمترازقتل است بدونحوممکن است وقوع یابد .

یك نحو آن قطع عضوی ازاعضاء بدن است نحوه دیگر آن جراحتی است که بر بدن یاسر یا استخوانها وارد میشود .

حکم قسمت اول جنایات مزبور که قطع عضواست بشرط وجود تعمد در جنایت وسایر شروط مقرره درشرع قصاص است .

شرائط مقرره درشرع نسبت باین قسمت ازجنایات همان شروطی است که در قصاص قتل بیان شد ازعقل وبلوغ واختیاروآنکه‌جانی پدرمجنی علیه نباشد وبنظر بعضی‌ازفقها دم مجنی علیه‌باید بادم‌جانی مساوی یابالاتربوده باشدعلاوه‌براین شروط که باقصاص این جنایات‌مذکوره‌شرکت دارد شروط دیگری هم درقصاص جنایات مذکوره میباشد که رعایت مماثله بین جنایت ومجازات بوده باشد .

مثلا شرط است که عضویا قسمتی از آن ازمفصل یامرفق قطع شده باشد که مماثله درقصاص امکان داشته باشد درغیراینصورت قصاص جائزنیست دیگر آنکه باید عضوی که بعنوان قصاص قطع میشود عضو مقطوع مجنی علیه باشد مثل دست راست درمقابل دست راست یاچپ درمقابل چپ.

دیگر آنکه عضو مجنی علیه باید مساوی باعضو جانی باشد ازلحاظ سلامت وعدم آن بنابراین دست‌سالم رادر مقابل دست‌شل وغیرسالم نمیتوان قطع نمودلکن عکس آن ممکن‌است .

اجرای قصاص اعم ازقطع دست یا پا یادرآوردن چشم یا بریدن گوش یاپلك چشم یاانگشت وامثال آنها درشرع بکیفیت‌وصورت مخصوصی‌مقررشده که مجالـی برای بیان آن‌دراین کتاب نیست .

## درشکستن استخوان قصاص نیست

چون در شکستن استخوان مماثله حقیقی ممکن نیست قصاصی نمیشود بلکه جانی مکلف‌بپرداخت دیه‌یاارش میشود مگردرشکستن دندان .

## حکم‌جراحت وشکستن‌سر

امادرجراحات وارده وشکستن استخوان‌سرچون رعایت مماثله حقیقی‌ممکن نیست قصاص‌هم امکان ندارد لکن درتعریف جراحات وحکم آنها اختلاف است و بنابرعبارت ابن‌جزی‌ده نوع جراحت تصورمیشود که وقوع یابد که هریك ازانواع جراحات دراصطلاح فقها بنامی‌نامیده شده‌اند .

۱- نامیه ۲- حارصه ۳- سمحاق ٤- باضعه ٥- متلاحمه ٦- ملطاه
۷- موضحه ۸- هاشمه ۹- منقله ۱۰- مامومه .

نامیه زخمی است که پوست خونی شده باشد حارصه زخمـی است که پوست پاره شده‌باشد .

سمحاق زخمی‌است که پوست منجمد شده‌باشد متلاحمه بزخمی گفته میشود که‌ازمواضع مختلف بدن گوشت قطع شده‌باشد .

ملطاة زخم‌عمیقی است که پرده‌نازکی بیش باستخوان باقی‌نباشد .

موضحـه زخـم عمیقی است که از پوست و گوشت گذشته و باستخـوان رسیده باشد .

هاشمه زخمی است که ازگوشت گذشته و در استخوانهم تأثیر کرده باشد .

منقله زخمی است که از استخوان هم گذشته باشد .

مامومه جراحتی است که عمق آن ببالای دماغ رسیده باشد این قسم جراحت اختصاص بسر دارد.

درمقابل آن قسم جراحاتی که ببدن وارد میشود وبداخل بدن سرایت میکند جائفه میگویند .

برای تمام اقسام جراحاتی که ذکر شد دیه وارشی مقرراست بعضی ازفقهاهم گفته‌اند درموضحه قصاص ومماثله ممکن است .

## دیات

بطوریکه قبلا گفته شددرجنایات عمدی اعم ازاینکه جنایت قتل نفس یاجنایات خفیف‌تری باشدقصاص واجب است وهمچنین بنابرمذهب مالك قصاص درجنایات شبه‌عمدهم واجب است .

البته درجنایاتی که مماثله ممکن باشد وحکم آنهم قصاص بوده باشد .

ولی درتمام جنایاتی که مجازات آن قصاص است اگر مبتنی برخطاباشد قصاص تبدیل بدیه میشود بموجب حدیث شریف . **العمدقود والخطاء دیه** وآیه شریفه **ومن‌قتل مومناخطاء فتحریررقبة مؤمنه ودیة مسلمة الی اهله** .

بنابراین درقتل غیرعمد وقطع اعظاء غیرعمد وعمد آنچه مماثله درآنهاممکن نباشد و در سایر مواردی که قصاص اجرا نمیشود مانند مواردی که قصاص بصلح خاتمه یافته‌باشد قصاص تبدیل بدیه میشود همینطوراست جنایاتی که شرائط قصاص در آن جمع نباشد مانند جنایت پدر برپسر وجنایت صغیر ومجنون که بر آنها قصاص نیست .

چنانچه درحدیث است که عمدالصبی خطاء و بنا بفرموده علی بن ابیطالب صلوات‌الله علیه که‌الصبی عمده و خطائه سواء در تمام این موارد باید دیه یاارش پرداخت شود .

# توضیحی در معنی دیه وارش

دیه کامله یکصد شتر است واین میزانی است که از قدیم مقرر شده وشرع آنرا تایید کرده چون همواره در بلاد عرب مقیاس دیات شتر بوده لذا انواع شتر هم ازلحاظ عمر وجنس نزد اعراب مشخص است .

درجنس شتری که باید داده شود خلاف است چون فائده‌ای بر آن خلاف مترتب نیست ازذکر آن صرف نظر میشود .

اما قیمت دیه کامله اگر شتر نباشد یکهزار دینار طلا یا ده هزار درهم نقره بنا بر مذهب حنفی است و بنابمذهب مالك وابن حنبل دوازده هزاردرهم نقره میباشد.

اما بنابرمذهب شافعی دیه کامل یکصد شتر است اگر تسلیم آن متعذرباشد باید قیمت آنرا بنرخ روز بهرقیمت که برسد پرداخت کند شافعی استدلال کرده بروایتی که قیمت دیه کامله درزمان نبی اکرم (ص) هشتصد دینار طلا یا هشت هزار درهم نقره بود اینحکم بقوت خود باقی بود تا زمان عمر چون شتر درزمان عمر کمیاب و گران بود میزان قیمت دیه بالارفت وبسه هزار دینار طلا وده هزار درهم نقره رسید بنابراین قیمت دیه بتفاوت قیمت شتر متفاوت خواهد بود و بطوریکه ملاحظه میشود اینقول متین ومقبول است .

بعضی از فقها گفته‌اند بدل دیه ممکن است دوهزار گوسفند یا دویست گاو تسلیم کرد .

دیه کامله درمقابل قتل نفس وقطع بعضی از اعضاء مانند دماغ وزبان وزوال حواس از قبیل شامه وذائقه وناطقه یادودست ودوپا ودوچشم ودو گوش ودولب مقرر شده وبرای هریك از دوزوج نصف دیه مقررشده درجفون اربعه دیه کامله است . ودر یکی از جفون ربع دیه کامله میباشد دیه قطع تمام انگشتان دیه کامله است بنابراین ارش درهرانگشتی عشر دیه کامله میباشد وبرای هربندانگشت نصف عشر دیه کامله مقرراست.

## دیه جراحات

درجراحات ارش آن يك‌سوم دیه کامل درجرح ماْمومه یا جائفه است و یك عشر و نیم دیه کامله درجرح‌منقله وعشردیه درهاشمه ونیم عشردرموضحه میباشد. نسبت‌بدیه‌قطع اعضاءدرجراحات تفصیلات‌دیگری هست که‌این کتاب‌وسعت بیان‌آن تفصیلات راندارد زیرا بین‌فقها درمسائل بسیاری از آن اختلاف است مثلا دیه کندن چشم اعور بنابمذهب شافعی نصف دیه است وبمذهب ابی‌حنیفه دیه کامل است بین مذهب مالك وابن‌حنبل اختلاف درقطع زبان اخرس‌و کندن دست چلاق میباشد امثال این‌خلافها درمسائل بسیاراست .

درهرصورت نسبت بقطع‌اعضاء وجراحاتی که موجب نقص انتفاع یا جمال اشخاص شودودر احکام دیات‌هم حکمی برای آن منصوص نمیباشد حکم‌و جزای آن موکول بنظر قاضی است که با در نظر گرفتن اوضاع واحوال مجازات یا دیه‌یا ارش آنرا تعیین‌نماید .

## مراد از حکومت عدل

عمل قاضی در مواردی که دیه یاارش موکول بنظر قاضی یا حکومت عدل است بقرار زیرمیباشد .

برای مجنی علیه درحال سلامت قیمت درنظر میگیرند باوصف نقص‌حاصله مقایسه میشود .

تفاوت حاصله بین سلامت ونقص ارشی است که دیه‌جراحت وارده است این قول را طحاوی از فقهای حنفیه نقل کرده لکن کرخی از حکومت عدل تفسیر دیگری کرده که قاضی باید دستور بدهد دونفر طبیب متخصص عادل جراحت اورا معاینه نمایند وبادر نظر گرفتن اوضاع‌واحوال‌جراحت‌وتطبیق با امثال‌آن‌جراحت ارشی برای جراحت وارده تعیین نمایند پس از آن حاکم طبق نظریه اطباء حکم

بدهد آنچه تاکنون گفته شد حکم دیه مرد مسلمان آزاد بود چون انوثیت و قیت ودین درنقصان دیه‌تاثیردارد مقتضی است‌اشاره باحکام‌آنهاهم‌بشود .

دیه‌زن نصف‌دیه مرد است‌بدون‌خلاف‌بمذهب شافعی وابوحنیفه‌درسایرجنایات جسمانی نسبت بزنان همین حکم را دارد دیه‌اهل ذمه بمذهب حنفی مساوی با دیه مسلمان است لکن بنظر ابن‌مالك وابن‌حنبل‌دیه‌ذمی نصف دیه مسلمان‌است و بنظر شافعی‌ثلث دیه مسلمان میباشد .

بیهقی دراین مسئله از کلمات زهری استخراج کرده که دیه‌نصرانی ویهودی درزمان نبی‌اکرم مثل دیه مسلمان بوده واین حکم در زمان خلافت ابی‌بکر و عمر باقی بود لکن معاویه نصف آن‌را بنفع بیت‌المال گرفت ونصف دیگر آنرا باولیاء دم‌داد تازمان عمربن عبدالعزیز بان‌ترتیب دیه گرفته میشد وجانی دیه‌ذمی را تمام میداد لکن نصف آن بنفع بیت‌المال دریافت میشد نصف‌دیگر باولیاء دم‌میرسید در زمان خلافت عمربن‌عبدالعزیز عمر آنچه برای بیت‌المال اخذ میشد ملغی کرد و باقی‌مانده نصف‌دیه‌را اولیاءدم دریافت میکردند .

دیه عبد قیمت‌آن است بهرمبلغ که باشد نزد بسیاری ازفقها ابی حنیفه و محمد بن حسن وزفروبعضی ائمه دیگرشرط کردند که قیمت عبید باهرمبلغ کـه باشد دیه‌آن میباشد تامقداری که ازقیمت دیه‌کامل تجاوزنکند این جماعـت نسبت بدیه عبید استدلال کردند باینکه عبید ازاموال میباشندواتلاف آن موجب‌ضمان‌است مانند باقی اموال مملوکه .

## دیه جنین

جنین چنانچه‌زنده ساقط شودوپس ازسقوط فوت کند دیه آن دیه کامل‌است. وچنانچه مرده ساقط شود دیه آن نیم عشردیه کامل‌است وبنا برای مشهوردیه متعلق بورثه جنین است وبعضی ازفقها دیه رامتعلق بمادرجنین دانسته‌اند زیراقطعه ازعضوآن بوده است .

# دیه باعاقله

حیات اجتماعی عرب درجاهلیت تابع نظام قبیله‌ای وعشایری بود افراد هر قبیله وعشیره چنان باهم متفق ومتحد بودند که گویا درجمیع شئون فرد واحدی بودند دراثراین وحدت حدود وحقوق افراد هرقبیله درمقابل قبائل دیگرمصون و محفوظ بودهرگاه بفردی ازافراد قبیله جنایتی واقع‌میشد قبیله مجنی علیه متفقاً بتمام معنی علیه قبیله جانی قیام میکردند.

قبیله جانی هم جدا درمقام دفاع برمیآمدند زد وخورد وجنگ خونین بین دوقبیله برقراربود تااین که موضوع بگرفتن انتقام یاصلح خـاتمه میافت چنانچه موضوع بصلح مختوم‌میشددیه‌مجنی‌علیه‌را قبیله‌اومیپرداخت‌قبیله‌عاقله ودیه‌اصطلاحاً معقله نامیده میشد.

چون دیه ازجنس شترپرداخت میشد وهنگام تسلیم شترهم آنها راعقال‌میکردند لذا دیه رامعقله مینامیدند.

# در شریعت اسلام

شریعت اسلام عقوبات وضمانا ترا برشخص جانی ومال اومقررداشته وازسایر افراد رفع تکلیف نموده بموجب آیه شریفه. **ولا تزروازرة وزر اخری** وحدیث شریف. **لاتجنی نفس علی نفس ولایجنی جان الاعلی نفسه ولایجنی والد علی ولده ولامولود علی والده** ولی بموجب سنت و اجماع فقها در مـواردی دیه برعاقله واجب میشود ازقبیل جنایات خطائی کـه ازآن جمـله اسقاط جنین میباشد.

وبنظرجمعی ازفقها دیه شبه عمد هم‌ملحق بدیات‌خطائی است چنانچه‌جنایات صغیرومجنون رانیزملحق بدیات خطائی میدانند.

این جماعت وجوب دیه بر عاقله رااستدلال نمودند بوجوب نصرت قبیله ازافراد خود ودفع ضرر از آنها .

التزام عاقله دراین موارد استثنائی است ازاصل مسلمی که قبلا ذکرشد .

علاوه التزام عاقله محصورومنحصر بجنایات دم میباشد وشامل اتلاف امـوال نیست چنانچه قریباً بیان خواهد شد که ضمان فقط بر مال متلف استقرار میبابدفقها التزام عاقله را درجنایات دم هم محدود کـردند چنانچه ابن عباس میگوید.

**لاتحمل العاقله عمدا ولاعبدا ولاصلحا ولااعترافا .**

زیرا حکم تحمل دیه وارش ازعاقله برداشته شده زیرا اولا درجنایات عمـدی اصل بقوت خود باقی است که دیه‌وارش بمال جانی‌تعلق میگیردثانیاً جانی‌باختیار خود ملتزم باداء دیه میشود چون حکم قتل قصاص است دیه دراثر صلح بـا اولیاء مقتول وقبول جانی بـ راو پـرداخت میشود عقـد، صلح هم نسبت بمتعاقـدین مؤثراست.

وبفرض اینکه جانی باقرارخود محکوم بپرداخت دیه شده باشد اقرارهم نسبت باقرار کننده مؤثراست .

اگردیه کمترازثلث دیه کامل باشد بنظرفقهای مدینه مالك وابن حنبل ارش آن بعهده خود جانی‌است وبمذهب اهل عراق اگـر دیه کمتراز کندن دندان و یا موضحه باشد دیه باخود جانی‌است ولی‌شافعی با این‌قول مخالفت کرده و گفته دیه بردوقسم است دیه جنایت عمدی ودیه جنایت خطائی قسم اول برعهده جانی‌است‌اعم ازاینکه دیه کم یا زیاد باشد قسم دوم که جنایت خطائی است برعهده عاقله میباشد آنهم کم یا زیاد باشد زیرا کسی که مکلف بتادیه غرامت است کم باشد یا زیاد باید غرامت را بدهد بعضی ازفقهادائره التزام عاقله‌راتنگتر نموده‌اند مانند ابن مالك که گفته دیه شبه عمد هم بعهده خودجانی‌است شافعی گفته‌دیه وضع‌شده برای کسیکه مرتکب جنایت شده ولذا دیه جنایت صغیرومجنون ازمال خودشان داده میشود .

ابن حزم ازعثمان بتی و دیگران ازابی بکر اصم روایت کردند که اصولاً متعرض تعریف عاقله درمبحث دیات نشده اند.

درابتدای امر درزمان جاهلیت عاقله جانی قبیله او بودند وهمان رویه دراسلام تائید شد و بحال خود باقی ماند ولذا رای مشهور فقهای حجاز که ازآنجمله ابن مالك وابن حنبل میباشد آن است که منسوبین واقربای جانی از طرف پدر عاقله میباشند چون وضع دیه اصولاً بمنظور تعاون و نصرت است چنانچه درجاهلیت ازجانی باشمشیر حمایت میشد بنا براین صغار وزنان ومجانین وصبیان ازقبائل داخل درعاقله نمیباشند زیرا از این طبقه افراد قبائل تصور نصرت وتعاون نمیرود.

همین استدلال راشافعی کرده باستناد اصول وفروع اما استناد اهل حجاز بسنت نبی وابوبکر میباشد .

لکن موضوع وحکم عاقله درزمان عمر بن خطاب صورت دیگری بخود گرفت زیرا سرپرستی که قبائل ازافراد خودمیکرد بدولت متشکله اسلامی منتقل شد بدیهی است وظائف وتکالیف قبائل هم بدولت محول گردید چون در خلافت عمر دولت اسلامی تحت نظامات و مقرراتی متشکل گردید لشکریا مردان جنگی اسلام تابع مقررات خاصی درآمدند ضمن این مقررات دیه که بعهده عاقله بود بعهده اهل دیوان مقرر گردید فقهای عراق ازاین رویه تبعیت نمودند وآنرا تفسیر کردند باینکه مبنای تشریع تحمل عاقله دیه رابر نصرت وتعاون قبائل ازافراد خودبوده وچون سرپرستی و تعاون قبیله از افراد بدولت متشکل محول شد لذا دولت درتحمل دیه هم قائم مقام قبیله است .

بالاخره اگرجانی عاقله نداشته باشد دیه از بیت المال پرداخت خواهدشد .

## جانی چه وقت مکلف پرداخت دیه میباشد

طبق اصل کلی دیه مانند سایر دیون حال است مگر ضمن قرارداد اصلاحی بین جانی واولیاء مجنی علیه اجلی برای پرداخت مقرر گردد .

اما درمواردی که دیه‌بر عاقله است درجنایات خطاو آنچه در حکم خطا میباشد تسلیم دیه‌مؤجل بسه‌سال است درخاتمه از آنچه‌ذکرشد معلوم گردید که التزام‌عاقله درشرع اسلام بسیار محدود است و این التزامات استثنائی است نسبت بقاعده کلی ولاتزر وازرة وزراخری .

## ضمانت درجنایات جسمانی

چون مبحث جنایات جسمانی مربوط بقانون‌جزامیباشد وازموضوع بحث‌ما که‌درموجبات مدنی ومصادراحکام آن‌است خارج‌میباشد بیش‌ازمقداری که‌ازلحاظ ضمانت ومسئولیت مربوط‌بموضوع بحث ماميشود وارد آن مبحث‌نمیشویم چون‌بحث در جزائیات مستلزم مجال وسیعی است و این مقدار درمقابل مباحث تفصیلی فقه اسلامی بسیارناچیزاست .

آنچه ازمباحث گذشته مستفاد شدجزای جنایات محصور درقصاص ودیه‌وارش وجزای نقدی‌است که قاضی تعیین میکند .

## قصاص

مجازات قصاص بادیه وسایرضمانات مالی جمع‌نمیشود زیرا قصاص‌فی‌حدذاته وضع شده در مقابل جنایتی که ازجانی صادرمیشود ولذا بنابرمذهب حنفی ومالکی هنگامیکه قصاص بفوت جانی ساقط شود دیه وسایر ضمانات مالی بر‌تر که او تعلق نمیگیرد گرچه بمذهب شافعی وابن حنبل درصورت سقوط قصاص بفوت جانی دیه یاارش بتر که اوتعلق میگیردبشرط آنکه مالی ازجانی‌باقی باشد .

## دیه

دردیهٔ دوصفت ودومعنی باهم جمع‌میشوند یکی جزای‌خاص که ازطرف‌شارع درمقابل جنایت مقررشده که بهیچ‌وجه مربوط بضرر مالی برمجنی علیه‌نیست‌تاتقوم بمال گردد مگردرمورد دیات عبیدبطوری که قبلاذکرشد .

صفت ومعنی دوم در دیه ضمان مالی آن است که حق جمیع ورثه مقتول است وچنانچه یکی ازورثه هم فوت شود سهم او منتقل بورثه او خواهد بود .

وازاین جهت است که جائز میباشد هریك ازورثه نسبت بسهم خود باجانی مصالحه نمایند یاآنکه اسقاط حق کنند وچون دیه دارای دوجنبه خصوصی وضمان میباشد قاعده تداخل عقوبات هم در آن جاری نیست ولذا بتعدد جنایات دیه نیزمتعدد میشود بخلاف مجازاتهای عمومی که قاعده تداخل در آنها جاری میشود .

از جهات مذکوره دیه وارش دارای حکم واحد هستند بلکه معنی فوق در ارش اوضح ازدیه میباشد .

زیرا درقطع اعضای غیرنافع ارش مقرر نشده بواسطه عدم تحقق ضرر واظهر ازاین است حکومت عدل وقضاوت قاضی درمورد دیات زیرا تعیین دیه یاارش درمرحله قضا شباهت به تعیین بدل متلفات دراموال مضمونه دارد چون قاضی هنگام قضاوت خسارت وارده برمجنی علیه رادرنظر میگیرد و آنرا مناط تقویم قرار میدهد چنانچه همین عمل را درتعیین بدل متلفات میکند وقبل ازختم این مبحث ناچار از بحث در مسئله ضرب وجرحی که اثردر مضروب ومجروح باقی نمیگذارد میباشیم .

آیا این نوع ازضرب وجرح موجب ضمان میباشد یاخیر . رای مشهود فقها که ازآن جمله ابوحنیفه است برعدم ضمان میباشد زیرا ضرب وجرح سبب نقص منفعتی ازمضروب و مجروح نگردیده و صرف ایجاد الم موجب ضمان مالی نیست ولی محمدبن حسن گفته است حکم دراین موارد بسته بنظرقاضی است .

چنانچه مقتضی دید حکم بضمان مالی میدهد .

ابویوسف گفته که جانی مکلف است هزینه دوا و طبیب مضروب و مجروح را بدهد .

محمد درجامع صغیرمتعرض است که اگر کسی یکصد تازیانه بمردی بزند واورا مجروح نماید مکلف است ارش ضرب رابدهد .

دو نظریه اخیر درمسئله ضرب وجرح بمبادی قوانین جزائی جدید نزدیك است زیرا درقوانین جدید غالباً ضارب وجارح محکوم بجبران زیان مادی ومعنوی مجروح ومضروب میشوند .

مثالهائی هم که فقها درمسئله نقل کردند مؤید این نظر است درجواهر الفتاوی نقل شده اگر کسی دیگری را مجروح کند که جرح وارده سبب عجز مجروح از کسب شود ملزم است هزینه ونفقه تداوی مجروح را بدهد .

صاحب حامدیه گفته هزینه تداوی مجروح در هرحال برجارح واجب است لکن نسبت به نفقه مجروح قائل بتفصیل است که اگر مجروح فقیر وعاجز از کسب باشد جارح مکلف است تا هنگام التیام جرح وقدرت بر کسب نفقه او را بدهد در غیر اینصورت نفقه واجب نیست .

# فصل چهارم

## در غصب

حقوق افراد در پناه وحمایت قانون محفوظ است هیچکس حق ندارد بمال یا ملك یا حق دیگری تجاوز نماید تجاوز بحق یا مال یا ملك دیگری بدون سبب ومجوز ظلم محسوب وعمل آن مظلمه است .

بنابراین تصرف درمال یاملك دیگری اگر بسبب ومجوز قانونی باشد حلال وجائز است اگر تصرف واخذ مال غیر بدون سبب ومجوز درخفا با شروط مقرره در سرقت باشد آن سرقت است وتابع احکام خاصه سرقت میباشد .

چنانچه دربیابان باستیزه ومکابره مال دیگری ربوده شود عامل آن محارب میباشد وتابع احکام خاصه محاربه است .

واگر بدون مجوز امین تصرف درمال امانت کند مختلس محسوب وتابع احکام مخصوص اختلاس میباشد بالاخره اگر تصرف واستیلاء برمال غیر قهری وعلنی باشد آن غصب است وعامل غاصب نامیده میشود .

وهمچنین حرام است اخذ مال غیر بنحو انکار حق یا رشوه یا قمار وامثال اینها .

## معنی غصب

غصب درلغت بمعنی اخذ مال غیر بدون حق میباشد اما شرعاً در تعریف آن اختلاف است بین مذاهب درماده ۸۸۱ المجله غصب چنین تعریف شده اخذ و ضبط

مال غیر بدون اذن آخذ غاصب ومـال مضبوط مغصوب وصاحب مـال مغصوب منه نامیده میشود .

تعریف المجله منطبق بافقه حنفی که مختار المجله است نمیباشد زیرا فقهای حنفی غصب راتعریف کردند بازاله ید مالك محق واثبات واستیلاء یدبرمال متقوم محترم قابل نقل بدون اذن برسبیل مجاهره بطوریکه ملاحظه میشود تحقق غصب بنابرمذهب حنفی متضمن شرایطی است که ذیلا بیان میشود .

اولا بنابرتعریفی که فقهای حنفی ازغصب نمودند تحقق غصب مشروط بوجود دو رکن اساسی است که بافقدان هریك ازاین دو رکن غصب محقق نمیشود .

اول ازاله ید مالك محق دوم وضع واستیلاء ید غاصب برمال مغصوب چنانچه شیخین ابوحنیفه وابویوسف گفته‌اند تحقق غصب متوقف برجمع این دورکن است عنوان غصب بر عمل صادق نیست گرچه اختلافاتی هم در این خصوص بین فقهای حنفی میباشد .

چنانچه محمد بن حسن یکی ازمشایخ فقهای حنفی ازاله ید مالك محق را درتحقق غصب کافی میداند واثبات یااستیلاء ید غاصب را برمال مغصوب شرط تحقق نمیداند بدیهی است این شرایط مذکوره درفعل غاصب بنا برمذهب حنفی وتعریفی است که فقهای حنفی ازآن نمودند چون سایرائمه مذاهب ازاله یـد مالك را شرط تحقق غصب نمیدانند بلکه اثبات واستیلاء ید غاصب برمال مغصوب عدوانا کافی برای تحقق غصب است .

اختلافات مذاهب درتعریف غصب موجب اختلافاتی دربعض احکام وفروع آن خواهد شد .

ثانیا بنا برتعریف فقهای حنفی شرط تحقق غصب آن است که مال مغـصوب متقوم ومحترم باشد وبعبارت دیگرمالیت داشته باشد بنابراین تصرف درجیفه دریـا یااشیائی که درحریم قانون ومقررات مالیت قرارنگرفته مانند اموال محاربین عنوان

غصب صدق نمیکند .

درتحقق غصب نسبت بخمر بین فقها اختلاف است بسیاری ازفقهاء گفته اند که اگرخمرمال مسلمان باشد تصرف در آن غصب نیست چون خمر درشریعت اسلام مالیت ندارد ولی اگر متعلق بکافر باشد استیلاء بر آن بدون اذن غصب است و متلف آن ضامن میباشد .

بمذهب ابوحنیفه ومالك لكن بمذهب شافعی وابن حنبل وابی ثور واتباع مذهب ظاهری خمر مطلقا مالیت ندارد .

بنا برمبنی ومذهب حنفی غصب درمنافع متحقق نمیشود زیرا بمذهب حنفی منافع مال نیست چنانچه درتعریف مال گذشته بخلاف سایرمذاهب وفرق اسلامی که منافع را مال متقوم میدانند ثالثا بنا برمذهب حنفی وتعریفی که ازغصب شد شرط تحقق غصب آن است که مال مغصوب قابل انتقال باشد بنابراین درمال غیرمنقول عنوان غصب صادق نیست زیرا بمبنای حنفی ها استیلاء برمال غیر منقول ممکن نیست .

بااین وصف فقها قابلیت نقل را درمال مغصوب شرط میدانند ومختار المجله درفقه حنفی است درالمجله فصلی بعنوان غصب عقار میباشد وممکن است این عنوان که المجله اختیار کرده نظر بمعنی لغوی غصب داشته ومعنی اصطلاحی شرعی المجله که ما درمقام بیان آن هستیم نمیباشد در هرصورت اثبات ید واستیلاء معتبر درتعریف غصب تابع عرف وعادت است چنانچه غزالی گفته اثبات ید در منقولات نقل آن و دردابه سوار شدن آن و درفرش شستن روی آن میباشد اما درغیر منقول دخول در آن وجلوگیری ازتصرفات مالك میباشد .

رابعاً در کیفیت غصب شرط است که استیلاء بدون اذن علناً وقهرا انجام شود این شرایط فارق بین غصب وسرقت میباشد چون سرقت هم اخذ وتصرف در مال غیراست بطور خفیه وهم شرط است که غصب بدون جدال ونزاع انجام شود تابامحاربه

فرق داشته باشد زیرا هریك ازاین عناوین تابع احکام مخصوص بخود میباشد چنانچه درفصل پیش گذشت .

بسیاری ازفقها خیانت درامانت را ازنوع غصب دانسته‌اند مانند فقهای حنفی وشافعی وبعض دیگر که گفته‌اند اگر امین منکر مال امانت شود غـاصب محسوب است ولذا ماده ۹۰۱ المجله مقرر داشته اگر مستودع منکر ودیعه شود درحکم غاصب است وپس ازانکار اگر ودیعه تلف شود مستودع ضامن است .

دربعضی ازمذاهب منکر عاریه در حـکم سارق است چنانچه درفصل حدود گذشت .

## سارق مکلف برد اصل یابدل است

ازمبادی مسلم واساسی شرعی درموجبات ایفاء باصل میباشد درصورت امکان و وفای ببدل جائز نیست .

مگر هنگامی که رد اصل غیرممکن یامتعذر باشد واین موضوع ازقـواعد کلیه ایست که درمجامع فقهی ذکر شده ودرماده ۵۳ المجله نیز مصرح است کـه **اذا بطل الاصل یصار الـی البدل** هنگامیکه اصل باطل شود تکلیف متوجـه بدل میباشد.

دراصطلاح فقها رد اصل را اداء وتسلیم بدل را قضا میگویند اگر اصل از مثلیات باشد ضامن مکلف به تسلیم مثل است و اگر قیمی باشد مکلف بـرد قیمت آن است درصورت اول باصطلاح فقها قضاء کامل ودرصورت دوم قضاء قاصر است .

قاعده رد اصل ودرصورت عدم امکان رد بدل منحصر بباب غصب نیست بلکه شامـل جمیع ابواب موجبات میباشد چنانـچه درمبـاحث آینـده ما مـلاحظه خواهد شد.

بموجب ماده ۸۹۰ المجله غاصب مکلف برد عین مغصوب ودرصورت تلف یا

هلاك یاتضیع مغصوب مکلف برد بدل آن میباشد اعم‌ازاینکه غاصب دراتلاف یاهلاك یاتضیع مقصرباشد یانه ودرصورت رد بدل اگرمغصوب مثلی باشد مکلف برد مثل واگر قیمی باشد مکلف برد قیمت آن است چون ارش اموال نسبت بزمان و مکان متفاوت است باید وقت ومکانی که تعیین بدل میشود درنظر گرفته شود .

مختارالمجله موافق بامذهب حنفی ومالکی است لکن‌بمذهب حنبلی‌غاصب ملزم بپرداخت قیمت روزتلف وبمذهب شافعی مکلف بپرداخت نازلترین قیمت از روزغصب تاروزتلف میباشد .

ولی اگرمال اصولامثلی باشد ومثل آن دربازاریافت نشودیاتحصیل آن‌متعذر باشد غاصب مکلف است قیمت آنرابدهد بمذهب حنفی دراینصورت قیمت روزصدور حکم‌قاضی مناط است ابی یوسف ازفقهای حنفی دراینمورد گفته باید قیمت روزغصب را بدهد بمذهب فقهای حنبلی ومحمد حسن قیمت روزانقطاع یعنی تعذرمثل مناط است لکن بنا براصح اقوال ومذهب شافعی اقصی القیم ازروزغصب تاروزتسلیم مناط است اشهب مالکی واتباع مذهب ظاهری گفته‌اند مالك مخیراست که بغاصب‌مهلت بدهد تامثل تحصیل شود یاقیمت آنرا درحال تعذردریافت کند .

آنچه ذکرشد مربوط باحکام استهلاك یاتلف یاتضیع مال مغصوب است اعم ازاینکه اتلاف یااستهلاك یاتضیع نتیجه تقصیرغاصب باشد یانباشد زیرا غصب فی‌حد ذاته تجاوزاست وهلاك ضمان میباشد وهمین حکم جاری است درموارد امـوال غیر منقول بمذهب کسانی که قائل بامکان غصب غیر منقول میباشند اما ابـو حنیفه و صاحبش ابویوسف کسانی هستند که غصب را دراموال غیرمنقول غیر ممکن تصور کرده‌اند وچون‌هلاك‌ضمان هم تجاوزواستیلاء برملك غیراست فقهای حنفی‌معتقدند تصرف عدوانی درعقارواملاك غیرمنقول موجب ضمان عین نیست لذا اگرملك غیر منقول راکسی عدواناتصرف کرده باشد وبدون خیانت بوسیله سیل یاحریق وامثال اینها تلف یاضایع شود متصرف عدوانی ضامن نیست وهمچنین درفقه مالکی اگـر

عدواناً کسی تصرف کند ملك غیرمنقول یاحیوانی را وانتفاع ازاوببرد پس ازانتفاع بسببی ازاسباب قهریه آن مال تـلف شود متصرف ضامن منفعت است و ضامن عین نمیباشد .

## نقص در مال مغصوب

دربعضی موارد تسلیم عین مغصوب بمالك دربرائت ذمه غاصب کافی نیست مثلا اگر مغصوب بسبب استعمال وتصرفات غاصب نقصی پیدا کند که سبب نقصان قیمت آن شود غاصب علاوه ازرد عین مکلف بجبران قیمت نقص آن میباشد لکن اگر کسر قیمت بسبب تفاوت حاصله درقیمت روز آن باشد دراین مسئله اختلافات زیادی بین فقها ومذاهب اسلامی میباشد. که برای نقل جمیع آنها مجالی نیست ولذا اکتفامیشود بذکر مثالی از المجله ماده ۹۰۰ المجله مقرر داشته اگر پس ازغصب درمال مغصوب نقص قیمت حاصل شود مالك حق ندارد بسبب نقصان قیمت آنرا قبول نکند مگر درصورتیکه نقص قیمت حاصله بسبب استعمال غاصب درمال مغصوب باشد مثل اینکه حیوانی را غصب نماید ودراثر استعمال غاصب ضعیف گردد وازاینرو کسر قیمت در آن حیوان حاصل شود غاصب ملزم بجبران نقص قیمت آن است یا آنکه کسی پارچه را غصب نموده و آنرا پاره کند که سبب نقصان قیمت آن شود اگـر نقصان آن کم باشد یعنی کمتر ازیك چهارم قیمت باشد غاصب مکلف بجبران نقص قیمت میباشد واگر نقصان بمیزان ربع قیمت یامتجاوزاز آن باشد مالك مخیر است تفاوت پارچه را دریافت کند یا آنکه پارچه را بغاصب واگذار نموده قیمت کامل آن را بگیرد .

## فوت منفعت

قبلا گفته شد که همانطوریکه غاصب ضامن اصل مال مغصوب میباشد ضامن نماءات وزوایدآن هم میباشد لکن بحث دراین است که آیا غاصب ضامن منافع فائته

مغصوب هم میباشد یاخیرمثلا اگر کسی غصب کند خانه یامر کـوبی را پس ازرد عین ضامن اجرت المثل مدت غصب شده خانه ومر کوب‌میباشد یاخیردراین مسئله بین مذاهب وفرق اسلامی اختلاف است بنظرشافعی غاصب ضامن‌منافع فائته میباشد همانطوریکه ضامن اصل مغصوب است لکن‌حنفی قائل بعدم‌ضمان منافع‌فائته‌میباشد مگردربعض مستثنیات.

اما فقهای مالکی رای ثالثی دارند که میتوان آنرا واسطه بین دورای دانست. مابطوراختصارهریك ازمذاهب فوق رابیان میکنیم.

## فوت منفعت بنابر مذهب شافعی

شافعی غاصب راضامن منافع فائته میداند وبایداجرت‌المثل مال‌مغصوب رادر مدت غصب بدهد دراینصورت اگر کسی خانه‌ای راغصب کند اعم ازاینکه غـاصب منافع خانه‌رابعنوان‌اجاره بکسی واگذار کرده باشد یاخیریا شخصاً درآن سکونت نموده یانموده باشد درهرصورت ضامن منافع فائته مال مغصوب میباشد مگرآنکه غاصب خانه را زائد برقیمت متفاوت باجاره واگذار کرده باشد دراینصورت مالـك مخیراست اجرت المثل یااجرت المسمی راقبول کند.

استدلال شافعی بضمان منفعت درغصب مانند سایراموال میباشد لذا حق‌ندارد غاصب بدون مجوزازمال غیرمنتفع شود یا اورا متروك ازانتفاع وتعطیل نمایـد در صورت ارتکاب بهریك ازاعمال مزبوره ظالم وضامن است‌چنانچه حدیث شریف‌است که لیس لعرق حق وچه بسیارنیکو گفته عزالدین عبدالسلام که در شریعت اسلام منافع متقوم بمنزله اعیان اموال میباشد زیرا مطلوب وغرض واقعی ازاموال‌انتفاع حاصله از آن است وهرآن چیزی که نفعی ندارد مال نیست عبدالسلام مثال میزند باینکه اگر کسی‌غصب کند قریه یاخانه ای را که اجاره سالیانه آن هزاردرهم باشد وغصب تاهفتاد سال مثلا باقی باشد نفعی که غاصب ازمغصوب بـرده چندیـن برابر

اصل مال است آیا ممکن است شارع اسلام چنین حکمی را تجویز کند که با رد عین غاصب بری الذمه است هیچگاه شرع مقدس اسلام چنین حکمی را تجویز نمیکند.

## فوت منفعت بمذهب مالکی

درمذهب مالکی ملاك ضمان منفعت انتفاع غاصب ازمغصوب میباشد بنا بر این اصل درصورت فوت منفعت غاصب ضامن نفع نمیباشد چنانچه در مدوّنات فقهی مالکی معنون است اگر کسی غصب کند حیوان یاجاریه یا غلامی را غاصب ضامن منفعت نیست زیرا غاصب نفقه مغصوب راداده وانفاق بمغصوب باانتفاع ازآن تقابل میکند ونیزغاصب خانه یازمین مادامی که آنراباجاره واگذار نکرده یادر آن سکونت ننموده ضامن منفعت مال مغصوب که فوت شده نمیباشد.

## فوت منفعت بمذهب حنفی

بنا بمذهب حنفی منافع مال متقوم نیست ودرست بعکس مذهب شافعی غاصب ضامن منفعت مال مغصوب نمیباشد زیرا بمبناومذهب آنها چون منافع ذاتاً مال متقوم نیست مضمونهم نمیباشد.

چنانچه تفصیلا درمحل خود (درتعریف صریح بیان آن گذشت مستند فقها در این مسئله حدیث شریف الخراج باالضمان میباشد.

المجله این حدیث رامبنا وقاعده کلی درمسئله عدم ضمان منافع قرارداده.

حدیث مزبوردرمذهب حنفی تفسیرشده باینکه انتفاع حاصله ازمال مغصوب درقبال ضمان اوست.

مثلا اگر کسی رد کند مشتری حیوانی رابابایع بسبب خیارعیب وحال آنکه مدتی ازحیوان منتفع شده باشد ملزم بپرداخت اجرت المثل ایام تصرف نیست زیرا

اگرقبل ازرد بیع تلف شده بود ازمال مشتری بوده است بهمین مضمون درماده ۸۵ المجله وبعبارت دیگر درماده ۸۶ المجله تصریح شده که اجرت وضمان باهم جمع نمیشود واین مضمون قاعده‌ایست که ازمجامع فقهی حنفیه نقل شده .

ودرشرح این قاعده گفته شد که ضامن اگر رد کند مال مغصوب را پس از استعمال وانتفاع از آن ضامن منافع نیست زیرا ضمان بااجرت جمع نمیشود .

مع‌الوصف فقهای حنفی بخصوص متأخرین آنها برخلاف قیاس ومبنای خود بحکم استحسان درسه‌مورد غاصب راضامن منفعت دانسته‌اند .

یکی اموال ایتام دوم موقوفات سوم مستقلات بشرط آنکه عمل غاصب هم مسبوق بعقد یاشبه عقد نباشدچنانچه‌درماده ۵۹۶ المجله مصرح‌است که ضامن‌منافع مال مغصوب‌نمیباشد مگر آنکه مغصوب‌مال صغیر یاموقوفه یامعد استقلال بوده‌باشد وعمل‌غاصب هم‌مسبوق بعقد یاشبه عقدنباشد . دراین سه‌مورد غاصب ضامن منافع‌مال مغصوب‌اعم‌است ازاینکه‌غاصب ازمغصوب‌منتفع شده‌باشد یانشده باشد چنانچه ضامن عین آن است .

باالجمله از آنچه گفته‌شد درمسئله‌سه‌قول است‌شافعی قائل بضمان منفعت‌است درجمیع احوال حنفی قائل بعدم ضمان منافع است مگر درموارد استثنائی مالکی قائل بضمان منفعت است بشرط‌انتفاع غاصب بوسیله اجاره یاسکونت .

قابل تردید نیست که مذهب‌شافعی اقرب بعدالت وقوانین جدید میباشد وبا قواعد شریعت اسلام موافق است‌ولذا علی‌حیدر عثمانی یکی ازفقهای حنفی بفقهای عصر خودپیشنهاد کرد دراین‌مسئله‌مجلس‌مشورتی‌تشکیل دهند ونظریه فقهای‌شافعی که‌اوفق بقواعد شرعیه است واقرب بعدالت میباشد تبعیت نمایند لکن به پیشنهاد مزبور توجهی نشدوچون مدارعمل دربلاد عثمانی فقه حنفی بوده قاعده عدم ضمان منافع مال مغصوب بقوت‌خود باقی است‌مگر درهمان مواردا‌ستثنائی وسوای آنچه‌در ماده ۱۴ قانون تصرف اموال غیرمنقول عثمانی مقرر شده که هر کس اراضی‌امیریه

و اوقاف را تصرف یاضبط یازرع نماید بطریق فضولی ملزم بپرداخت اجرت المثل آن میباشد .

از این قانون محاکم قضائی بلاد عثمانی و قوانین جدید لبنانی تبعیت کرده‌اند.

## تبعات و آثارمترتبه برغصب

بعضی آثار مترتبه برغصب راازقبیل حکم‌غصب واحکام دیگری که شبیه‌بآن است ازنظر عدم اهمیت آنها متعرض نمیشویم واکتفا بآنچه درالمجله راجع‌بغصب ازغاصب مقررشده مینمائیم ماده ۹۱۰ المجله مقررداشته که حکم غاصب ازغاصب‌با غاصب اول‌یکی‌است بنابراین اگر کسی غصب کند مال‌مغصوب راازغاصب اول‌ومال دریدغاصب دوم تلف شودصاحب مال‌مخیر است‌بهر کدام رجوع کند ونیزمخیر است صاحب مال‌نسبت بقسمتی بغاصب اول وقسمتی بصاحب دوم رجوع نماید و بفرض رجوع‌صاحب مال بغاصب اول‌برای غاصب اول‌حق رجوع بغاصب دوم‌میباشد ولی‌در صورت رجوع صاحب مال بغاصب دوم برای غاصب دوم حق رجوع بغاصب اول نیست .

ماده ۱۹۱ المجله مقرره داشته اگرغاصب دوم مال مغصوب رابغاصب اول رد کندذمه غاصب‌دوم بتنهائی بری میشود ولی‌اگر غاصب دوم مغصوب رابصاحب مال رد کند ذمه هردوبری خواهدشد .

درخاتمه مقتضی است به‌تبعات وآثاردیگری که مترتب برغصب‌است .

وناشی ازانضمام مغصوب بمال غاصب میباشد اشاره‌شود .

از قبیل اینکه پارچه مغصوب راغاصب رنگ‌نماید یا در زمین مغصوب غرس اشجاریااحداث بنائی کند یادرآن زرع نمایدبرای‌هریك ازاین فروض‌احکام‌تفصیلی است‌باختلاف مواردواحوال ما بعض احکام‌آنهارادرباب کسب غیرمشروع ووجوب

درعوض آن بیان کردیم لکن بعض فروع تفصیلی مسئله ازناحیه تغییر حاصله در مغصوب بسبب انضمام یااختلاط با مال مغصوب چون مربوط بموضوع مالکیت و اسباب آن‌میشود. ازبحث ما که‌بطور کلی درموجبات‌ومصادرالتزام میباشدخارج‌است.

# باب دوم

## در تجاوز بر اموال و نظریه علمای حقوق در تصرفات فعلی

## فصل اول

## تصرفات کلی و مسئولیت جرمی

تصرفات قانونی کـه منشـاء التزام و ربط حقوقی بین افراد است بـر دو نوع میباشد.

نوع اول از تصرفات قانونی تصرفات قولی است مراد از تصرفات قولی تصرفات مباحی است که ضمن عقودوشروط قانونی وملحقات بآنهاانجام میشود.

نوع‌دوم تصرفات فعلی است که عبارت ازاعمال محرمه وتجاوزاتی است که‌از طرف فردی بحقوق دیری‌میشود.

این‌تجاوزات متنوع ومختلف است باختلاف انواع حقوق مانندتجاوزبرنفس یاجسد انسانی یابر عرض وشرف وناموس یابر اموال وحقوق مالی اشخاص وباین تجاوزات اصطلاحاً کلمات جنایت وجرم وجریمه اطلاق میشود.

جنایت اطلاق میشود بر مطلق تجاوز بحق غیر که شامل انواع تجاوزات میباشد ولکن این کلمه بنحو خاصی اطلاق میشود بر تجاوزاتی که نسبت بنفس یا جسد واقع میشود.

## جنایت بر دو قسم است

اول جزائی      دوم مدنی

گرچه بحث در جنایات جزائی ازبحث ماخارج است ولی بمناسبت درباب سابق بحث مختصری در آن شد لکن جنایات مدنی که ازمصادر التزام وموجبات میباشد موضوع بحث مادراین کتاب است . ولذا میپردازیم بمعنی تصرف فعلی یاجرم مدنی.

## تصرف فعلی یاجرم مدنی

جرم مدنی بهرعمل مضروغیر مباحی گفته میشودوچون این عمل سبب ضمان فاعل درمقابل متضرر است یکی ازمصادرالتزام میباشد بنابراین التزام حاصله ناشی از تصرفات فعلی یاجرم میباشد که واجب التعویض است وبعبارت دیگر لزوم جبران خسارات نتیجه ارتکاب عمل غیر مباح متجاوز یامجرم میباشد این لزوم جبران خسارت و تعهد حاصله قانونـی در اصطلاح فقها ضمان نامیده میشود و بفاعـل آن ضامـن گفته میشود .

## معنی ضمان

اصولا ضمان کفالت است ومعنی آن دراینجا اشتغال ذمه یاالتزام باداء مثل آنچیزی است که تلف شده اگر ازمثلیات باشدوقیمت آن اگر ازقیمیات باشدچنانچه درماده ٤١٦ المجله مصرح است .

همانطوریکه تصرفات فعلی سبب ضمان میباشد عقود نیز موجب ضمان است مانند هلاك ودیعه بسبب تقصیر ودیع ماده ٧٧٧ المجله لذاضمان حاصله از تصرفات فعلی رااصطلاحاً ضمان اتلاف میگویند تاامتیازی بین آن وضمان حاصله ازعقودباشد.

این امتیازشباهت دارد بامتیازی که درقوانین جدیدبین مسئولیت ناشیه ازجرائم ومسئولیت حاصله ازعقود گذارده میشود .

# لاضرر ولاضرار فی الاسلام

قبلا گفته شد که کمتر درقوانین جدید دیده شده که هریك از انواع جرائم مختلفه‌مدنی‌راجداگانه‌موردبحث قرارداده باشندبلکه بیشترتحت‌عنوان کلی‌قواعدی مورد بحث قرار گرفته که شامل انواع جرائم مدنی میشود وفروع متنوعه‌ای از آن قواعد استخراج میگردد .

ونیز قبلا گفته شد که قانون رومان قدیم وبعضی قوانین جدید مانند قانون انگلستان برخلاف رویه عمومی در مبحث جرائم هریك ازجرائم را جداگانه بیان کرده‌اند .

درفقه اسلامی نیزهریك ازجرائم وتصرفات غیرمجاز مستقلا مورد بحث‌قرار گرفته وحکم آن‌بیان‌شده علت‌وجوداین رویه‌درشریعت اسلام آن‌است که اجتهاد در فقه‌اسلامی مولود نظریات شخصی‌نیست بلکه اساس ومبنای اجتهادات درفقه اسلامی قضایای عملیه ومسائل حقیقیه وفرضیه است که برفقها عرضه میشود ولذا ملاحظه میشود که احکام جرائم درابواب فقه‌اسلامی پراکنده است ومختلف است باختلاف نحوه وقوع جرائم .

قسمتی از آن جرائم درفصول سابق یعنی درحدود جنایات جسمانی وغصب بیان شد واینك‌بباقی اقسام جرائم که موضوع آن‌تجاوز براموال اشخاص یااتلاف یا افساداست میپردازیم .

بااینکه روش فقهای اسلام دربیان جرائم مدنی واحکام آن بنحوی است که بیان شد .

درفقه اسلامی قواعد کلی نیز وضع وتأسیس‌شده که‌مبنا واساس استنباط‌احکام فروع ومصادیق جزئی‌قرارمیگیرد چنانچه درجنایات‌جسمانی ملاحظه شددرمواردی که‌برای آنها قصاص یادیه یا ارش تعین نشده اختیارات وسیع حاکم درهرموردی باقتضای جرم‌ومجرم و کیفیت وقوع موجوداست .

همچنین درباب اتلاف اموال قاعده کلی مقرر شده که هر عمل مضری که تجاوز بحق غیر است موجب ضمان عامل است این قاعده را فقها درباب اتلاف بصورت خاصی توسعه دادند که فروع زیادی بر آن متفرع گشته وتاجائی این قاعده توسعه یافته که از حدود ضرر مالی هم تجاوز نموده وضرر را اعم از اتلاف مال یا نفس دانسته اند این نظریه وتوسعه درفقه اسلامی درباب ضمان واسباب وشروط آن موجود است که شامل معظم جرائم میشود .

## اسباب ضمان

بعضی از فقها مصادر ضمانرا جمع آوری کرده و بدون اینکه بین انواع جرائم مختلفه فرق بگذارند بطور کلی مصادر یا موجبات ضمان را سه قسم تقسیم نمودند .

اول مباشرت مانند قتل واحراق وامثال اینها .

دوم تسبیب مانند کندن چاه در شارع عام .

سوم تصرف عدوانی یاغصب

تفسیر وحکم غصب که قسم سوم ازمصادر ضمان است قبلا گذشت .

بیان دوقسم دیگر ازمصادر مزبور که مباشرت وتسبیب است باامتیاز بین آندو قریبا با قواعدی که مربوط بآنها میباشد بیان خواهد شد وضمن بیان قواعد مزبور پی خواهیم برد که آن قواعد منحصر باتلاف اموال تنها نیست بلکه شامل امثله دیگری ازتجاوز برجسم وغیر آن میشود واین تعمیم مؤید است بحدیث شریف لاضرر ولاضرار فی الاسلام .

المجله این حدیث را درماده ۱۹ یکی از قواعد کلی مقرر داشته وبدون شك ازقواعد کلی واساسی درشریعت اسلام همین حدیث شریف است که متفرع است بر

آن احکام وفروع زیادی زیرا مقصود ازجمله لاضرر نفی هر گونه تجاوز مضر و هر گونه اضرار بغیر بدون حق میباشد وجمله لاضرار نیز این مقصود را تائید وتصویب میکند واضافه میکند بآن مقصود معانی دیگری راکه درفصل متعلق باحکام ضمان بیان خواهد شد.

## شروط مسئولیت

هر فعلی جرم نیست چنانچه هرضرری موجب ضمان نمیباشد بلکه آنچنان فعلی جرم است که مصدر التزام ودارای شروط معینه باشد دربدایع گفته شده کـه اتلاف مادامی موجب ضمان است که متضمن تجاوز واضرار بغیر باشد مباشرتا یا تسبیباً و این تعریف متضمن معنی جرم میباشد چنانچه قوانین جدید هم در تعریف جرم همین معنی را اخذ کردند قانون موجبات لبنانی جرم را چنین تعریف کرده ماده ۱۱۱ جرم عملی است که موجب ضرر و خلاف مصلحت غیر عمداً و بدون حق انجام شود.

خلاصه آنکه تحقق مسئولیت جرمی یاوجوب ضمان دارای شروط ذیل است.

اول آنکه عمل مضر باشد

دوم ضررازطریق تجاوزوبدون حق انجام شود

سوم ضررحاصله بمباشرت یاتسبیب مجرم باشد

چهارم آنکه عمل ازروی عمد وقصد انجام شود .

گرچه شرط چهارم ازتعریف بدایع مستفاد نمیشود لکن درشرع اسلام شرط تحقق ضمان دربعض موارد تعمد است بخصوص درجرائمی که تسبیباً واقع میشود یاضررهای حاصله ازحیوانات واشیاء جامده باید متوجه بود که مراد ازتعمد دراین مورد قصد تنها نیست بلکه شامل تقسیروعدم تحرزهم میشود .

پس ازآنکه شرائط تحقق مسئولیت جرمی معلوم شد توضیح هریك ازشرایط

مزبوره را درفصلی جداگانه بیان خواهیم کرد باین‌ترتیب که اول عمل ضار وپس از آن تعدی وسپس مباشرت وتسبیب را توضیح خواهیم داد ودنباله بیان شروط تحقق ضمان بحث ما دراحکام ضمان واجب خواهد بود وپس ازآن درباب آینده در احوال‌خاصه ضمان مانند مسئولیت عمل غیرو جنایت حیوانات و جوامد بحث خواهیم کرد.

# فصل دوم

## عمل ضار

ضرری که موجب ضمان میشود باید مستقیماً نتیجه عمل ضار باشد وبرای توضیح مطلب لازم است عمل مضررا باوسع معانی تفسیر نمائیم.

بنا براین باید دانست که مراد ازعمل مضر فعل مادی تنها نیست بلکه شامل قول ورفتارمضر مانند خدعه وامثال آنهم میشود ضرر ندارد برای روشن شدن موضوع امثله ای ازانواع مختلفه اعمال غیرمباحه که موجب ضرراست بیان شود .

بدیهی است که غالباً ضرربواسطه افعال میباشد مانند قتل وضرب واحراق و قطع اشجاروامثال اینها که افعال مادی میباشد وضرر آنها واضح است واحتیـــاجی بتوضیح ندارد .

گاهی ضررحاصله نتیجه گفتاراست مانند شهادت دروغ درمحضر قاضی در دعاوی مالی اگرشهود پس ازصدورحکم ازشهادت خود رجوع کنند وصریحا اقرار نمایند کـه بر خلاف واقع شهادت دادند بنا برأی مشهور حـکم صادره نقـض نمیشـود .

ولی شهود ملزم بجبران خسارات متضررمیباشند یعنی ضامن محکوم بـه هستند دربعض موارد هم امتناع ازانجام وظیفه موجب ضررمیشود مثل اینکه دیوار شکسته خودرا منهدم یاتعمیر نکند تاساقط شود چنانچه دراثرسقوط کسی متضـرر

شود صاحب دیوارمکلف بجبران خسارات میباشد باشرایطی که درباب آینده ذکر خواهد شد .

رفتارزشت وسلوك بدگاهی سبب زیان دیگری میشود اعم ازاینکه رفتار و سلوك مزبورقولی یا فعلی یاامتناعی باشد مثل اینکه کسی درمحکمه اقامه دعوی علیه دیگری برخلاف حق بنماید پس از آن اقرارنماید که دعوی مزبور برخلاف حق بوده یا آنکه نزد سلطان یاحاکم سعایت از کسی شود برخلاف واقع ومشتکی عنه از شکایت وسعایت مزبور متضرر شود شاکی وساعی ملزم بجبران خسارات وارده میباشد .

محمد بن حسن شیبانی باین قول بمنظورتادیب متضری وحفظ اموال مردم فتوی داده است .

ازامثله اعمال مضرا کراه است چنانچه درباب آینده بیان خواهد شد وهمچنین خدعه وتزویر ازافعال مضرمحسوب میشود که توضیح آن درمبحث عقود درعیوب رضا خواهد آمد.

## ضرر مادی

افعال محرمه‌ای که از اسباب ضمان است مشروط بوجود ضرر است ولذا فعل حرامی که موجب ضرر بغیر نباشد از اسباب ضمان محسوب نمیشود وقابل شکایت و مطالبه عوض نیست .

ضررحاصله ازعمل مضراعم است ازاینکه فاحش یاغیر فاحش باشد .

بنابراین هر مقدار از خسارتی که ناشی ازعمل مضرباشد متضررمستحق مطالبه استو فاعل مکلف بجبران آن میباشد ولوضرر حاصله قلیل باشد .

لکن این نظریه مخالف بانظریه مادی دراستعمال حقوق که مختارالمجله است میباشد زیرا بنابر نظریه مادی مادامیکه استعمال حق موجب ضرر فاحش نباشدمنع مستعمل جائز نیست چنانچه در محل خود گذشت .

## تحقق ضرر با تلاف است

اتلاف آن‌است که مال‌ازحیّز انتفاع مطلوب خارج‌شود بطورعادت .

اتلاف بردوقسم‌است اتلاف تامّ‌واتلاف ناقص

اتلاف تامّ آنست که‌مال بکلی ازبین برود که آنرااصطلاحاً استهلاك میگویند مانند کشتن حیوانات و آتش‌زدن لباس یاشکستن شیشه وامثال اینها .

اتلاف ناقص آنست که مال ناقص‌شده باشد که اصطلاحاً بآن افساد میگویند مانند پاره کردن پارچه یاشکستن دست یاپای‌حیوانات .

اشیائی که اتلاف یا افساد آنهاموجب ضمان‌است باید مالیّت داشته‌باشند معنی مالیّت واختلافی که درمذاهب وفرق اسلامی در آن میباشد درقسم‌اول کتاب گذشت .

دراین صورت اشیائی که مالیّت ندارند اتلاف‌وافساد آنها موجب ضمان‌نیست شرط دیگر دراتلاف و افسادی که سبب ضمان است احترام مال‌است و لذا اتلاف و افساد مال کافر حربی که درحمایت‌اسلام قرارنگرفته است موجب ضمان نمیباشدو همچنین است خمروخنزیر که متعلّق بمسلمان باشد اتلاف آن‌موجب ضمان نیست ولی اگر خمروخنزیر متعلق بکافر ذمّی‌باشد اتلاف وافساد آن موجب‌ضمان‌است.

حاصل آنکه‌آن اتلاف مالی موجب ضمان است که متقوّم ومحترم‌باشد .

## ضرر معنوی

چنانچه بیان شد ضررمادی ملازم بااتلاف است‌ولی ضررمعنوی که اتلافی در آن وجودندارد آیاازاسباب ضمان میباشد یاخیر .

بر طبق قوانین جدید جواب مثبت است چنانچه ماده ١٣٤ قانون موجبات عقودلبنانی مصرّح است ضرر ادبی تجاوز بحق غیراست همانطوری که ضرر مادی تجاوز میباشد .

اما در شریعت اسلام ضررمعنوی ازاسباب ضمان محسوب نمیشودزیرا ضمان

اشتغال‌ذمه بمال‌است وضرر معنوی قابل‌تقویم بمال‌نیست ولذا بنظر بیشتر ازفقها اگر کسی دشنام دهد دیگری رایاضربی بردیگری واردسازد که مضروب متألم شود لکن اثری باقی نگذارد که موجب فوت‌منفعت از مضروب یاوجود منقصتی گردد دشنام دهنده وضارب ضامن نمیباشند.

درمقابل این جماعت ازفقها جمعی هم قائل بلزوم عوض درضررمعنوی در صورت وجود الم میباشند چنانچه درفصل جنایات جسمانی گذشت وبنا بگفته یکی ازاصحاب ابوحنیفه جرح وضربی که اثری ازاوباقی نباشد باید مجازات آنرا حاکم تعیین نمایددراین صورت جزای‌جانی آن عوضی‌است که حاکم تعیین‌می کند.

علاوه براین عدم ضمان درضررهای ادبی واخلاقی درشریعت اسلام سبب آن نمیشود که مرتکب بدون مجازات بماند زیرا بااختیاروسیعی که قاضی در تعزیر متخلفین دارد تکلیف تنبیه وجزای جانی رابمقتضای نحوه عمل واوضاع واحوال مرتکب تعیین خواهد کرد .

مؤیّد این نظریّه اختلافی است که بین علمای حقوق جدید ومعاصر موجود است که بعضی تبعیت ازفقه اسلامی‌نموده‌میگویند ضررمعنوی وادبی موجب تعویض مالی وضمان‌نیست ودرمقابل‌بسیاری ازعلمای‌حقوق‌معاصر میگویند ضررادبی موجب تعویض‌مالی است‌منتهی عوض خفیفی راموجب‌است چون درواقع دراثرضرب وشتم خسارت مالی برمضروب ومشتوم وارد نشده واین مقدارعوض برای تنبیه ضارب و شاتم میباشد ولذا ملاحظه میشود محاکم ایــن قبیل متخلفین را بجزای خفیفی محکوم میکنند .

# فصل سوم

## تعدی

یکی ازمباحث معروف درباب الفاظ ولغات استعمال کلمه واحده درمعانی مختلفه میباشد.

موضوع استعمال لفظ درمعانی مختلفه چندان غامض ومبهم نیست.

کلمه تعدی یکی از کلماتی است که درمعانی مختلفه استعمال میشود لکن استعمال درهریك ازمعانی بمناسبت است وتمام معانی هم بیك دیگر نزدیك وسهل الفهم میباشد لذالازم نیست باین تعدد استعمال درشرع اهمیّت زیادی داده شودچنانچه بعضی این تعدد استعمال را با اهمیت فراوان تلقی کرده‌اند.

کلمه تعدّی دراصطلاح فقهای مالکی درجنایت وجرم استعمال شده لذا باصطلاح فقهای مالکی تعدّی تقسیم میشود باقسامی ازقبیل تعدّی نسبت باموال یا نفوس وابدان وامثال آن ونیز دراصطلاح فقهای مالکی کلمه تعدّی بمعنی غصب منفعت هم استعمال میشود بنابراین استیلاءبرمال غیررا غصبا تعدی میگویند ابن عرفه تعدی را بهمین معنی تفسیر کرده و گفته تعدی تصرف درمال غیراست بدون اذن صاحب مال ابن عاصم درارجوزه تحفة الحکام تعدی راتفسیر کرده بغصب منفعت لکن استعمال شایع بین فقها در کلمه تعدی ظلم وعدوان است لذا تجاوزبحق غیررا بـدون مجوز تعدی میگویند این معنی منطبق بامعنی لغوی تعدی است.

تعدی تعدیا یااعتداء ـ ای جاوز ـ تعدی الحق ای تجاوز وهم چنین تعدی یااعتدا علی المرء یاعدا علیه یعنی ظلم وتجاوز بر غیر نمود این معنی مصطلح وجاری کلمه تعدی است .

قابل انکار نیست که گاهی کلمه تعدی بمعنی تعمد و عدم تحرز در بعض کتب فقهی استعمال شده لکن استعمال غلطی است واقتضا دارد استعمال کنندگان متوجه باشند .

## تعدی در عمل

هر عملی که موجب ضرر بدیگری باشد حرام وممنوع نیست بلکه آنعمل مضرّی حرام وممنوع است که مسبوق باذن وجواز شرعی نباشد زیرا بموجب قاعده کلی درباب که قبلا بیان شد جواز شرعی منافی ضمان است بنابراین قاعده ضرر که نتیجه عمل مباح یا استعمال حق باشد موجب ضمان وتعویض نیست مگر درموارد استثنائی که درباب استعمال حق تحقیق در آن گذشت .

عمل مضر بدونحو متحقق وانجام میشود یکی بنحو مباشرت دیگر بنحو تسبیب و درهر صورت ضمان آن متوقف بدوامر است یکی تعدی دیگری عدم جواز قانونی .

امثله آن هم در کتب فقه زیاداست برسبیل ایضاح بذکر بعضی از آن امثله اکتفا میشود .

درماده ۱۹۲۰ المجله مقرراتی راجع بقطع اشجار درملك غير تصريح شده من جمله مقرر شده ازشروط ضمان آنست که قطع بدون مجوز باشد زیرا اگر قطع با مجوز شرعی باشد ضمانی در آن نیست .

وهمچنین درماده ۹۱۹ المجله مقرر شده اگر کسی خانه دیگری را برای جلوگیری ازحریق بدون اجازه مالك یاحاکم خراب کند متعدی محسوب شده وضامن است در جرائم تسبیبی نیز در المجله مصرح است که شرط تحقق ضمان آنست که عمل منجر بضرر

شودبدون وجودحق یاجوازشرعی مثل اینکه کسی حفر چاه نمایددرشارع بدون اجازه حاکم اگر حیوانی در آن سقوط کند حافر ضامن است چنانچه در ماده ۹۳٤ المجله مقررداشته .

از امثله تعدی تسبیبی حوادثی است که دراثر اعمال خلاف قانون در شوارع اتفاق میافتد چون شوارع اصولا مخصوص عبور ومروراست اگر کسی احداث بنای موقت یا ثابت یا ایجاد مانعی درشارع بنماید بدون اجازه حاکم و عمل مزبور سبب وقوع حادثه‌ای که موجب ضرر بدیگری است گردداعم ازضررمالی یاجانی عامل ضامن است .

همین مضمون راسرخسی بیان کرده که اگر کسی سنگی در شارع عام نصب کند یاجوی آب یامیزابی درشارع قراردهد ودراثر این اعمال خسارتی بعابرین وارد شودعامل ضامن خسارات وارده میباشد بطوریکه ملاحظه شددرتمام این موارد که حکم بضمان شده موجب تجاوز بحق شخصی یااشخاصی بدون مجوز شرعی میباشدپس ملاك حکم بضمان عمل مضر بدون جوازشرعی است .

ازاینجامستفاد میشود درمواردی که عمل مضرّ باوجود جوازشرعی باشدحکم بضمان نمیشودبمقتضای قاعده جواز الشرعی ینافی الضمان وجواز شرعی درعمل مضرّ بتعداد موارد متنوّع است که اهم آن موارد اذن مالك یاحاکم یاوجود ضرورت است .

بدیهی است ذیحق دراعمال آن طبق اصل کلی مجاز است وعامل ذیحق ضامن ضررحاصله نیست .

مگردرموارد استثنائی که تفصیل آن درباب استعمال حق گذشت .

## اعمال حق باذن ذیحق یاحاکم

درعدم ضمان عامل ماذون ازطرف صاحب حق شکی نیست مثل اینکه کسی در ملك غیر بااجازه مالك حفر چاه نماید یامالی دردست مأذون باتلاف تلف شود یاجراح

مأذون درقطع یاجراحی اعضاء درتمام این موارد اجازه رافـع ضمان است زیـرا هریك ازاین موارد صاحب حق‌درحدود حق‌خود مجازازهر تصرفی بوده و دیگری اورامجاز نموده.

النّهایه‌مقرّرداشته دراینگونه‌مواردِسکوت مجنّی‌علیه قائم‌مقام‌اجازه محسوب‌نمیشود بلکه بایدبااذن صریح باشد بنابراین اگر کسی رك دیگری رابزند وطرف سکوت نماید و دراثر جریان خون خساراتی باو وارد شود صرف سکوت مجنّی علیه رافع مسئولیت وضمان زننده رك‌نیست بلکه بایدصریحاً اجازه گرفته باشد وهمچنین‌است اتلاف مال‌غیر بدون اجازه صریح‌مالك دراتلاف‌چنانچه باستناد سکوت‌مالك کسی‌مال دیگری راتلف نماید ضامن‌است .

## اذن مجنی علیه‌درجنایت‌بر نفس‌مؤ ثر نیست

دراتلاف اموال وجراحات اذن صاحب مال ومجروح موجب برائت متلف و جارح‌است لکن نسبت‌بجنایاتی که بر نفس واقع‌میشوداذن مجنی علیه مؤثردربرائت جانی نمیباشد زیرا درحرمت و عصمت نفس‌انسانی احتمال‌اباحه نمیرود ودرهرحال محترم است بنابراین اگر کسی دیگری را ماذون در قتل خـود کند قاتـل ضامن است وباید دیه‌آنرا بدهد و بعقیده بعضی ازفقها مانند امام زفر حنفی بر او قصاص واجب است .

## انطباق‌موضوع باقوانین‌جدید

مسئله‌عدم ضمان‌ضرر حاصله ازاتلاف اموال وتجاوز ببدن انسان‌درصورتی که ضررزننده ومتجاوز مأذون باشد بامقررات وقوانین جاریه روز منطبق است زیرا در قوانین جدیدهم اجازه‌صاحب مال‌دراتلاف ومجروح درجراحت راموجب جوازعمل دانسته‌اند مشروط براینکه خلاف امنیت ومصالح عمومی نباشد مانند اذن معمول‌در

عملیات جراحی وموافقت طرفین در عملیات ورزشی چون بوکس و کشتی وفوتبال و امثال اینها که نوع این عملیات بدون موافقت طرف در مبارزات جنایت محسوب میشود وعامل ضامن است .

## اذن لاحق بمنزله اذن سابق است

اجازه لاحق در نفی ضمان متعدی نسبت باموال وابدان هم بمنزله اذن سابق است بنظر بیشتر ازفقها چنانچه در تصرفات فعلی گفته شد که اجازه لاحق موجب رفع ضمان ازغاصب میباشد بمذهب مالك وامام محمد از فقهای حنفی .

این حکم مستند بقیاس عکس از قاعده کلی عدم جواز تصرف در حق غیر بدون اجازه واذن میباشد .

اذن هم اعم ازاذن سابق برعمل یالاحق بر آن میباشد .

اجازه سلطان یا منصوب از طرف اودرامور عامه مانند امور مربوط بشوارع و امثال آن در حکم اذن صاحب حق شخصی است دراینصورت اگر کسی باذن حاکم درشارع عام حفرچاه یا احداث بنائی نماید درحوادث طاریه بر آن حافر وبانی ضامن نیست زیرا عمل مسبوق بجواز قانونی بوده ماده ۹۱۹ المجله نیزمقرر داشته کسیکه خانه دیگری را باذن اولی الامر خراب کند ضامن نیست .

## ضرورت

یکی از قواعد کلیه ثابته که در المجله و سایر کتب فقه اسلامی ازقبیل کتاب اشباه ونظایر و مجامع دیگر فقهی بعبارات مختلف ومضمون واحد ذکر شده قاعده ضرورت است که بعبارت .

**ان الامر اذا ضاق اتسع وان الضرورات تبیح المحظورات والمشقة تجلب التیر**

نقل شده واین قاعده متخذ ازادله شرعیه ونصوص اصلیه میباشد .

لکن قاعده‌ضرورت مقید برعایت حدود ضرورت است بعبارت دیگر عمل غیر مباحی که بسبب ضرورت مباح میشود اباحه‌آن تابع بقای ضرورت است بمـجرد رفع ضرورت بحالت حرمت اولیه برمیگردد ازقواعد معروف است که ماجازبعـذر بطل بجوازه زیرا مناط درجوازعمل غیر مباح بضرورت تعارض مصلحتین است که بموجب قواعد عقلی اهون الشرّین تحمل ضررخاص درمقابل ضررعـام وزوال ضرر اشدّ بضرراخف میباشد .

اهمّ شروط قاعده ضرورت قاعده کلی دیگری است که درمجامع فقهی ذکر شده که الاضطرارلایبطل‌حق الغیرومتفرع براین قاعده است ضمان قیمت طعام‌غیر که برای سدّ جوع شخصی مضطر خورده باشد چنانچه ماده ۳۳ المجله مقررداشته اگرمضطرشود کسی ازگرسنگی جائزاست طعام دیگری رابخورد وقیمت‌آنـرا پرداخت کند .

حکم ضمان مضطرّمورد اتفاق فقها میباشد مگرمالك وابن حنبل که‌مخالفت نموده‌اند و گفته‌اند درصورتی که خوردن مال غیرازروی اضطرارباشد آکل ضامن نیست بسبب وجوب مساوات واحیاء نفس بشرط‌قدرت‌صاحب طعام براحیاء ورفع اضطرارمحتاج .

چنانچه درماده ۹۱۹ المجله راجع بانهدام خانه مجاوربرای جـلوگیری از حریق حکم بعدم ضمان کرده درصورتیکه انهدام باذن حاکم باشد ودرصورت‌فقدان اذن حاکم منهدم ضامن است .

# جلاد ضامن قتل نیست

ازامثله انتفاء تعدی وضمان قتل بحق است مانند قتل جلاد محکوم بقتل را یا قتلی که موجب آن دفاع ازنفس یاناموس باشد همچنین حکم بعدم ضمان شده در کشتن حیوان حاری که حمله برشخص کند بشرط آنکه رفع آن بغیرازقتل‌ممکن نباشد ابوحنیفه واصحابش درقتل حیوان حارحکم بضمان قیمت آن کرده‌اند برای آنکه اتلاف مال غیربرای احیاء نفس خود بوده وباید قیمت آنرا بمالك حیوان بدهد لکن سایرفقها وائمه مذاهب گفته‌اند کشتن حیوان برای دفاع ازنفس جائز است وضمانی هم بر کشنده ومتلف نیست .

واین قول موجّه است چون درصورتیکه برای دفاع ازنفس وناموس ومال قتل انسان بدون عقاب جائزباشد بطریق اولی قتل حیوان جایز است بدون ضمان قیمت .

مستند قائلین بعدم ضمان قاعده ایست درباب که ابن رجب آنرا نقل کرده که

**من اتلف شیئا لدفع اذاء له لم یضمنه وان اتلفه لدفع اذاء به یضمنه**

کسیکه تلف کندچیزی را بمنظوردفع شرآن چیزمتلف ضامن نیست واگرتلف کند مالی راکه بسبب اتلاف آن مال دفع شرنماید ضامن مال تلف شده میباشد .

وبموجب همین قاعده فرق گذارده شده بین آکل‌مال غیربنحواضطرار درحکم بامسئله قتل حیوان حارطبق اصل کلی عدم جوازتصرف درملك غیرد خول درملك غیربدون مجوزجایزنیست لکن دربعض موارد بسبب ضرورت واضطراردخول درملك غیربدون اذن مالك یاحاکم جایزاست .

مانند حالت جنگ بامحارب چنانچه خانه کسی مشرف برمحاربین باشد مدافع میتواندبرای تسهیل‌قتال بادشمن وسنگرنمودن‌داخل درخانه غیربدون‌اجازه مالك بشود وهمچنین جایزاست دخول درملك غیربرای تعمیردیوارخانه خود یاباز کردن راه‌آب وامثال اینها .

# خلاصه و نتیجه بحث

آنکه درجمیع مواردیکه ازاعمال مضرّ بیان شد اعم ازاینکه عمل مسبوق باذن مالك یاحاکم یامجاز بضرورت باشد عامل ضامن نیست زیرااین نحوه ازاعمال بسببی ازاسباب فوق جایز بوده وتعدی محسوب نمیشود چون ملاك وشرط ضمان تجاوز بحق غیر بدون مجوز میباشد .

وهمین اصل فارق بین اعمال مباحه ومحرّمه میباشد .

# فصل چهارم

## رابطه بین ضرر و جرم مباشرت یا تسبیب است

درمسئولیت جرمی شرط است که ضررحاصله نتیجه عمل مجرم باشدو بعبارت دیگررابطه ضرربا عمل ربط سبب ومسبب بوده باشد .

ولذا علمای حقوق ضررمتولد ازجرائم رابسه نوع تقسیم کرده‌اند.

اول اضراربمباشرت مجرم .

دوم اضرارتسبیبی که ربط سبب باجرم متصل وظاهرباشد .

سوم اضرارتسبیبی که ربط سبب باجرم غیرمتصل وبعید باشد .

بطور کلی درجرائم قسم اول که مجرم مباشرت داشته در اضرار مسئول وضامن است .

اما درقسم سوم که رابطه سبب باجرم غیرمتصل وبعید است مسبب مسئول ضررنیست وبطریق اولی درمواردی هم که رابطه بین اضرار وعامل معلوم نباشد مسئولیتی فرض نمیشود .

اما درقسم دوم ازجرائم تسبیبی که رابطه بین سبب وجرم ظاهرومتصل باشد نظرعلمای حقوق معاصر برمسئولیت مسبب است چنانچه ماده ۱۳۰ قانون موجبات

وعقود لبنانی مقرر داشته که دراضرار تسبیبی اگر رابطه بین سبب وجرم متصل وبیّن باشد مسبب ضامن ومسئول است .

درشریعت اسلام نیز نظریه مسئولیت جرمی شبیه بنظریه علمای معاصر است زیرا درشرع اسلام شرط مسئولیت وضمان مباشرت یاتسبیب است درغیر این دومورد مسئولیت وضمانی نیست .

اتلاف بمباشرت را ماده ۸۸۷ المجله تعریف کرده اتلاف مال باالذات که بفاعل اتلاف مباشر میگویند بنا براین فاعل مباشر کسی است که تلف نتیجه عمل مستقیم او باشد بدون اینکه بین فاعل وفعل عامل مختار دیگری واسطه باشد مانند مباشرت بقطع یاقتل بوسیله آلتی که دردست عامل قرار گرفته .

تسبیب درماده ۸۸۸ تعریف شده باحداث وایجاد امری که عادتاً منجر باتلاف مال یاجرمی شود لکن دراینصورت جرم نتیجه عمل مسبب است بواسطه منتهی شرط است که واسطه ازاموری باشد که عادتاً نتیجه آن وقوع جرم بوده باشد وبعبارت عصری شرط است درسبب که ضرر حاصله نتیجه منتظره ازعمل مسبب بطور عادی باشد مثل اینکه کسی قندیل یاچراغی رابوسیله بند آویخته باشد بند آنرا ببرد قهراً چراغ سقوط کرده میشکند عامل مباشرت دراتلاف بند داشته لکن سبب سقوط چراغ شده یاآنکه جلد محتوی روغن راپاره کند فاعل مستقیماً مباشرت دراتلاف جلد کرده لکن سبب ازبین رفتن روغن گردیده.

## بعضی فرق بین مباشرت وسبب را رومانی الاصل میدانند

بعضی ازمؤلفین معاصر فرق بین مباشرت وتسبیب را رومانی الاصل میدانند گفته‌اند امتیاز بین آنها واحکام مترتبه براین تفریق ازرومان قدیم اتخاذ شده لکن این مدعی مورد قبول مانیست زیرا شباهت تنها بفرض دراصلی ازاصول یافرعی از

فروع قوانین کافی بر نقل قانونی ازقوانین دیگر نیست مادامیکه شباهت دوقانون مؤید بدلیل دیگری بر نقل نباشد .

این ادعی را در کتاب فلسفة التشریع فی الاسلام تفصیلا رد کردیم .

پس ازاین درمقام بیان بعض امثله ضمان درمباشرت وتسبیب وعدم ضمان با انتفاع مباشرت وتسبیب خواهیم بود .

## اضرار بمباشرت

کسانیکه بکتب فقه اسلامی درباب اتلاف وتسبیب مراجعه کرده باشند ملاحظه نموده اند که امثله اضرار بمباشرت ازامثله تسبیب کمتر است علت آنهم اینست که اضرار بمباشرت بسیارواضح است ومحتاج بتوضیح نیست لذا خلاف ومناقشه هم در آن نیست تااینکه مورد بحث قرار گیرد این موضوع دالّ براین نیست که در واقع اضرار بمباشرت کمتر ازاضرار تسبیبی باشد زیرا بطوریکه ملاحظه شد درباب حدود وجنایاتی که بمباشرت برنفوس وابدان واقع میشود مانند سرقت و انواع قتل ازعمد وخطا وقطع اعضاء وامثال اینها بسیاراست وهمچنین درتجاوز اموال موارد مباشرت ازتسبیب کمتر نیست لذا نمیتوان ازقلّت اهتمام فقها درمسئله که سبب آن وضوح مطلب است درذکر امثله نتیجه گرفت که جرائم مباشرت ازجرائم تسبیب کمتر است درمباحث وقواعد فقهی ما دلیلی که مؤیّد قلّت موارد جرائم مباشرت باشد وجود ندارد .

## اضرار تسبیبی

چنانچه قبلا گفته شد تسبیب درمواردی است که ضرر حاصله نتیجه اسباب معدّه بنحوعادی باشد بعبارت دیگرواسطه سبب ومسبب ظاهروبیّن باشد هنگامیکه مباشرت مجرم یاتسبیب اومسلّم ورابطه بین جرم ومجرم متّصل و بنحوسبب موجود

باشد مسئولیّت جرمی محقق میشود وبعکس درصورت اقتضاء سبب ورابطه متصله ضمان هم منتفی است .

درمسئله تسبیب درجرائم و آثارمترتبه‌بر آن ازوجوب ضمان وعدم وجوب آن امثله‌متنوعه‌ای‌دربسیاری‌از کتب‌فقه‌اسلامی‌ذکرشده‌ودراجتهادات‌فقها احیاناً اختلافاتی در مسئله موجود است از آن اختلافات بعضی نتیجه گرفته‌اند که مبحث جرائم درشریعت اسلام ازمباحث وموضوعات مبهم وغامض است استنباط قائلین بغموض خطا است زیرا فقهای مذاهب‌اسلامی درمبنا واصل مسئله اختلافی ندارندودراینکه مباشرت وتسبیب درجرائم ازموجبات ضمان‌است اتفاق دارند چنانچه باین‌موضوع اشاره شد لکن خلاف درانطباق مصادیق باحکم میباشد .

مثلادرموردخاصّی اختلاف میشود که آیا ازمصادیق تسبیب هست یا نه بنظر بعضی ازمصادیق تسبیب میباشد وحکم بضمان میکندوبنظر بعضی از مصادیق تسبیب نیست حکم بعدم ضمان مینماید.

این اختلاف درانطباق مصادیق باحکم درحال حاضر هم‌در آراء واجتهاد فقهاء محاکم موجود است‌تردیدی‌نیست دراینکه‌مناط‌درمسئله حکم کلی است که‌اختلافی در آن وجود ندارد واگراختلافی درانطباق حکم کلّی با مصادیق جزئی‌دراجتهادات واستنباط فقهاء بوجودآید دلیل برغموض وابهام حکم کلی درمسئله نیست .

درفصل آینده امثله بسیاری ازاضرارتسبیبی ملاحظه خواهیم کرد درمسئله قصدیاتقصیرمشروطواکتفا میشود دراینجابنقل وبحث دربعضی‌ازمسائل‌خلافی‌مشهور بمنظورتفهیم معنای‌تسبیب واسلوبی که فقها درتسبیب اتخاذکرده‌اند .

واهم این مسائل مربوط به تسبیب دراتلاف وهلاکت حیوانات وطیور ومنع مالك ازانتفاع ملك خودونظائراینها میباشد .

## اول دراتلاف وهلاکت حیوانات وطیور

ماده ۹۲۲ المجله تصریح کرده باینکه‌اگر کسی باز کند دراصطبل‌حیوانات

یاقفس طیوررا وحیوانات وطیورمظبوطه در آن فرارنمایند ومفقود شوند باز کننده در اصطبل وقفس مسئول وضامن است بمفاد این ماده محمد بن حسن حنفی ومالك و ابن حنبل وجمع کثیری ازفقها رأی دادند باستناداینکه فتح باب اصطبل وقفس سبب فرارحیوانات وطیور گشته زیرا مقتضای طبع حیوانات وطیورفرار است این نظریه واستدلال موجّه است .

لکن درفرع مذکور ابوحنیفه وابویوسف قائل بعدم ضمان میباشند و گفته اند فتح باب اصطبل وقفس سبب فرارحیوانات نمیشود شافعی قول سوّمی اختیار کرده و گفته درصورتی فتح باب اصطبل وقفس موجب ضمان است که علاوه بر فتح باب تحریك وتهییج بر فرارهم نموده باشد عیناً همین خلاف بین فقها درمورد باز کردن بند کشتی و غرق آن موجوداست .

دراین فرع هم محمدبن حسن حنفی وابن حنبل وجمع کثیری ازفقها صرف باز کردن بندرا دررابطه سببیّت کافی دانسته وحکم بضمان میکنند ابوحنیفه رابطه را کافی نمیداند شافعی رابطه را ناقص میداندومیگوید هنگامی رابطه سببیّت درفرع مذکور مسلم میشود که علاوه از باز کردن بند کشتی آنرا طرف دریـا حرکت داده باشد .

## جلد ومحتویات آن

اگر کسی پاره کند جلدی را که محتوی آن مایع باشد ازقبیل روغن وامثال آن درصورتی محتوی جلدازبین برودیاتلف شودبنا بعقیده مشهورپاره کننده جلدمسئول وضامن است .

لکن اگر محتوی جلدشیئی جامدی باشد وپس ازپاره کردن جلد دراثر تابش آفتاب یاجهات دیگر محتویات آن ازبین برودبعضی ازفقهای حنفی قائل بعدم ضمان میباشند بعضی دیگر مانند مالك وابن حنبل بطورمطلق قائل بضمان میباشند .

صاحب جامع الفصولین از کتاب فوائد المحیط نقل کرده درمسئله موردبحث

درصورتیکه محتوی جلد شیئی جامدباشد پاره کننده ضامن نیست بشرط آنکه جلد راازمحلّ خودانتقال نداده باشد ودرصورت انتقال ازمحلّ خودضامن است خلاف دراین مسئله مستنداست بخلافی که درمسئله سابق گذشت .

## منع مالك ازتصرفات وانتفاع ازمال خودوعکس آن

تردیدی نیست دراینکه اگر کسی مال دیگری رانزدخود بدون مجوز شرعی نگاهداری نمایدتاتلف شودضامن اتلاف است چون تصرف اوغاصبانه بوده وغاصب ضامن مال مغصوب میباشد .

ولی اگر کسی شخصی راحبس کند باالضروره محبوس ازتصرف واداره اموالش محروم است دراین صورت اگرمال محبوس تلف شودآیا حابس ضامن مال تلف شده میباشد یاخیر .

درجواب این مسئله تفصیل است زیرا اگر قصد حابس صرفاً حبس شخص مالك بوده بدون توجه باتلاف مال یااموال اودراینصورت حابس ضامن مال تلف شده نمیباشد زیراحابس تصرفی دراموال محبوس نکرده ونظری هم نداشته لکن اگر منظور از حبس مالك جلوگیری ازتصرف ازاموالش باشدحابس ضامن اموال تلف شده محبوس میباشد موفق الدین بن قدامه گفته اگر کسی درصحرایامکان دیگری طعام یاشراب دیگری رابگیرد درحالیکـه صاحب طعام وشراب قادر به تهیّه طعام وشراب دیگرهم نباشد باالنّتیجه صاحب طعام یا شراب از گرسنگی یاتشنگی تلف شود یاطعام یاشراب نزداوتلف یاضایع شود نگاهدارنده طعام وشراب ضامن آن چیزی است که تلف شده زیراهلاکت شخص یامال مزبورمستند بفعل اواست .

## خوف وامثال آن

اگرزن حامله بامرحاکم احضار شودوزن ازخوف احضار سقط جنین کندآیا حاکم ضامن است یاخیر .

روایت شده که عمر بن خطاب زنی را احضار کرد زن در بین راه خوف کرده سقط جنین کرد عمر با اصحاب مشورت نمود بعضی از صحابه گفتند برحاکم ضمانی نیست تو ولی امر و مؤدب هستی لکن علی بن ابیطالب فرمود دیه سقط بر تو واجب است زیرا سبب ترس او و سقط جنین شدی .

این اختلاف نظر در صحابه منتقل بفقهای اسلام گردید بعضی از فقها مانند شافعی و ابن حنبل قول علی (ع) را اختیار و تبعیت کردند بعضی دیگر تبعیت از سایر صحابه نمودند .

طایفه دوم از اتباع مذهب ظاهر میباشند ولذا ابن حزم گفته اگر زن را حاکم بحق احضار کرده باشد برمباشر و باعث ضمانی نیست ولکن اگر درجریان احضار مباشر یا باعث اورا آزار وشکنجه دهند البته ضامن سقط خواهد بود وفرق نیست بین مسئله مورد بحث یا اینکه کسی سنگی رها کند بسوی دشمن دیگری بترسد وهلاك شود دراینصورت مسئولیتی برعهده رها کننده سنگ نیست یا آنکه دیواری خراب شود کسی ترس کند و بمیرد برصاحب دیوار ضمانی نیست درتمام این موارد ضرر حاصله بعنوان سببیت ناشی از فعل مباشر یا سبب نیست از نظایر این مسائل است اگر کسی شمشیر بکشد بطرف کسی یا اورا از محل مرتفعی بیاویزد وطرف از خوف بمیرد یا فریادی برطفل یا دیوانه بکشد که از خوف طفل یا دیوانه بمیرد درتمام این موارد عامل ضامن است زیرا هلاك و فوت نتیجه عمل او بوده است .

لکن اگر کسی صیحه یا فریادی برمرد بزرگ وقوی بزند یا مردی نا گهان وارد خانه دیگری بشود در آن هنگام مرد صاحب خانه هلاك شود یا عقلش زائل گردد یا زنی که در خانه است جنین ساقط کند فاعل ضامن نیست زیرا فوت وسقط جنین برحسب عادت نتیجه فعل او نیست بعقیده فقهای حنفی بلکه فوت یا سقط بجهت خوفی است که بوجود آمده خوف هم مستقیماً از فاعل صیحه صادر نشده بعبارت دیگر صیحه یا ورود بمنزل سبب مستقیم در هلاك وسقط جنین نبوده بلکه بسبب خوف بوده بنا براین بین عمل عامل

وهلاك یاسقط رابطه سببیت بنحو مستقیم موجودنیست .

بالاخره اختلافی است بین‌فقهای حنفی‌دراینکه اگر کسی‌ساقط شوددرچاهی که‌دیگری آنرا بدون اجازه‌حاکم درمعبرحفر کرده ودراثر گرسنگی یاترس فوت کندابوحنیفه حافرچاه راضامن قتل نمیداند زیراسبب‌مرگ گرسنگی وترس بوده نه‌سقوط درچاه‌درصورتی‌حافرمسئول‌وضامن است که‌مرگ اودراثرسقوط باشد محمّد حنفی یکی‌دیگرازفقهای حنفی مدّعی‌است که حافرضامن‌است زیرا گرسنگی‌وترس دراثرسقوط بوده‌واگرآن شخص‌درچاه نیافتاده بودجوع‌وخوفی وجودنداشت .

ابی‌یوسف فقیه دیگرحنفی میگوید درصورتی حافرضامن است که‌مرگ در اثرترس وغصّه باشد زیراسببی برای‌خوف جزسقوط درچاه نبوده لکن گرسنگی و تشنگی اسباب متعدد دارد .

## نتیجه

حاصل از ذکر امثله فوق آن شد که اصولا بین فقها درضمان تسبیبی‌خلافی نیست بلکه بطوریکه ملاحظه شد اختلاف انطباق مصادیق جزئی با حکم کلی‌است بعضی‌از فقهااسباب‌ضمان رامتصل وبیّن‌میدانند بعضی‌دیگرخفی وغیرمتصل .

## تعددفاعل

همانطوریکه مردم در امور خیریّه واداره امورزندگانی خودتعاون وشرکت دارندباکمال‌تأسف گاهی درراه‌ورشرّوارتکاب‌جرائم‌هم تعاون‌وشرکت دارند بنابراین اگردرجرم‌واحدی‌مجرمین متعدد ومشترك‌باشند قهراً درمسئولیت وضمان‌هم‌شرکت دارند اگردویاچند نفردر قتل‌کسی‌شرکت داشته‌باشند بنابررأی مشهور بین‌فقها قصاص برجمیع آنها واجب است .

وهم چنین‌اگر دویاچند نفرتلف کنند مالی‌رابدون مجوّز ضمان‌آن برعهده تمام‌آنهااست چنانچه درحدّسرقت ملاحظه شداگر چند نفر درسرقتی که بحدّنصاب

برسدشرکت داشته باشند بتمام سارقین حد واجب است بمذهب مالك وابن حنبل ولکن بمذهب شافعی درصورتی برتمام سارقین حد واجب میشود که سهم هریك ازسارقین از مال مسروقه بحد نصاب برسد .

این حکم درصورتی است که جرم ازنوع واحد باشد لکن اگرجرم مختلف باشد درحکم مسئله تفصیلی است مثلا اگردرسرقت دونفر شریك باشند یکی درديوار خانه دیگری نقب زده شریك دیگرداخل خانه شده مال مسروقه را برداشته تحویل شریك دیگرداده دراینصورت عقاب سرقت بر آنکسی است که ازنقب داخل ومال را سرقت نموده بعقیده جمع کثیری ازفقها لکن ابوحنیفه قائل بعدم وجوب حد بهر دوشریك است زیرا عمل سرقت بنقب دیوارودخول درخانه وبرداشتن مال تمام شده وهیچکدام ازشرکاء عامل مرتکب مجموع اعمال نشده این احتیاط ابوحنیفه از باب شدتی است که درمجازات سارق است.

## مسائل خلافی درضمان

ازمسائل خلافی درضمان یکی موردی است که دونفرجرحی بدیگری وارد آورند شخص سومی جرح دیگری برمجروح واردآورد که مجروح پس از جرح سوم فوت نماید یاآنکه دونفرسنگی درمعبرعام نصب کنند شخص سوم سنگ دیگردر معبرمزبورقراردهد عابری بهردوسنگ برخورد کرده وفوت کند بمذهب بعضی از فقها مانند ابی یوسف وحنبلی‌ها بقیاس درمذهب خودشان ضمان برهرسه نفر اثلاثاً میباشدچون سبب سه نفربوده‌اند .

امام زفروبعضی فقهای دیگر گفته اند دیه بدوقسمت میشود نصف بعهده دو نفر اول و نصف بعهده نفر سوم مطابق اصل کلی وَ عقیده بسیاری از فقها ضمان هر یك نسبت بعملی است که انجام داده وهیچیك مسئول عمل دیگری نیست بموجب قاعده کلی ولاتزر وازرة وزراخری ازاین قاعده استنباط میشود آنچه درباب غصب ملاحظه

شد که اگر مال مغصوب تلف شود دردست شخص غیرغاصب صاحب مال مخیر است بهریك ازغاصب ومتلف مراجعه نماید درصورتیکه صاحب مال بدست اول مراجعه کندغاصب حق رجوع بمتخلف راندارد.

ونیز دربعض مذاهب مانند مذهب مالکی اگرسپاهی حاصل وثمره ملکی را تلف کندمسئول رئیس سپاه استزیرا کفالت واداره آن سپاه بعهده اواست وهمچنین خسارات وارده ازطرف محاربین که بعهده رئیس آنها است چون قیادت و کفالت بعهده اومیباشد .

## مقررات جدید

بعض قوانین جدید درمسئله مورد بحث تمام مرتکبین را متضامنا مسئول میدانند لکن درمقابل متضرر یکنفر که سمت کفالت وسرپرستی دیگران را دارد مسئول است

واین نحوه ازتضامن دارای شرایطی است چنانچه درماده ۱۳۷ قانون موجبات وعقود لبنانی تصریح شده باینکه اگرضرر ناشی شود ازعده افرادی تمام افرادمزبور متضامنا مسئول خسارات میباشند بشرط آنکه تمام افراد اشتراك درعمل داشته باشند ونسبت اضرارافراد هم معلوم باشد .

تمام مراتب و مقررات فوق در صورتی است که عمل مجرمین یکنواخت باشد اما اگر عمل آنها مختلف باشد مثل اینکه یکی مباشر عمل دیگری مسبب عمل باشد در اینصورت مباشر مقدم بر مسبب است که در مبحث آینده توضیح آن خواهد آمد

## قاعده تقدیم مباشر برسبب

یکی ازقواعد کلی که در کتاب اشباه ونظائرذکرشده قاعده

**اذا اجتمع السبب و المباشر قدم المباشريا اذا اجتمع المباشر والسبب اضف الحكم الى المباشر.**

حاصل معنی این جملات آنست که هر گاه مسبب و مباشر دریك جرم جمع شوند مباشرمقدم بر سبب است بعبارت دیگر مسئولیت متوجه مباشر است .

چنانچه المجله این قاعده را بعبارت دوم نقل کرده که معنی آن چنین میشود اگر مباشر وسبب درجرمی جمع شوند نسبت جرم بمباشرداده میشود مثل اینکه کسی چاهی درمعبر عام حفر نماید دیگری شخصی یاحیوانی رادر آن بیافکند مسئولیت اتلاف وهلاکت بامباشر است ماده ۹۰ المجله درقواعد ابن رجب ذکر نموده کما گر نسبت اتلاف مال ونفوس مردم بمباشر وسبب داده شود ضمان متعلق بمباشر است مگر آنکه مباشر مبتنی بر سبب باشد دراینصورت اگر حفر کند کسی چاهی رابدون اذن مالك دیگری درمقام دفاع ازتعدی حافر بر آید ودیگری درچاه بیافکند در اینصورت دافع ضامن است که مباشرت درقتل کرده وحافرضامن نیست چون بین قتل وحفرچاه فاعل مختاردیگری دخالت داشته لذا مباشر اقوی ازسبب بوده وقانون اسلام در مقام تعارض راجح واقوی رامقدم میدارد .

چنانچه ماده ۹۲۵ المجله مقررداشته اگر کسی سبب اتلاف گردد لکن بین سبب واتلاف فعل مختار دیگری واسطه شود واسطه که فاعل مختار است ضامن اتلاف میباشد .

بر این قاعده فروع زیادی متفرع است که برای توضیح مطلب بعضی از آن فروع ذکر میشود اگر کسی سنگی درمعبر عمومی مردم قراردهد دیگری هم درهمان مکان چاهی حفر نماید عابری بسنگ برخورد کند ودرچاه سقوط نموده هلاك شود دراینفرض آن کسی ضامن است که سنگ را درمسیر عمومی قرارداده چون فاعل مختاراست که بین حافر چاه وجرم قرار گرفته است ونیز اگر کسی راهنمائی نماید

دزدی رابرمال شخصی سارق‌مال فقط ضامن‌است‌چون‌مباشر است وراهنمامسبب(۱)

## مستثنیات قاعده تقدم مباشر بر سبب

قاعده‌تقدم مباشر برسبب دارای مستثنیاتی است که در بعض آنها سبب ومباشر هر دومسئول میباشند و در بعض دیگر سبب به تنهائی مسئول است اهم آن موارد در اینجا نقل میشود و قبلا مواردی که مباشروسبب هردو درمسئولیت و ضمان شرکت دارند بیان میشود .

فقها گفته اند اگر جمع شود مباشر با سبب در صورتی سبب ضامن نیست که عمل سبب منفردا مؤثر دراتلاف نباشد مانندحفرچاه وانداختن دیگری شخص‌یا حیوانی رادرچاه که مباشر مسئول وضامن است زیراحفرچاه منفردا مؤثر دراتلاف مال‌وهلاکت شخص‌نیست‌امادرصورتی که عمل سبب به تنهائی مؤثردرجرم باشد سبب ومباشر درجرم ومسئولیت آن شریك میباشند فقها این قاعده را توسعه داده‌اندبرای‌تطبیق‌فروع‌مسئله‌اینك‌بعضی‌امثله‌ازمذاهب‌مختلفه‌اسلامی‌نقل‌میشودواین امثله سوای مسائل‌اکراه است که در باب آینده بیان خواهد شد که در آن مسائل سبب و مباشر در ضمان شرکت دارند .

اگرفرار کند مردی‌ازدست ظالم دیگری اورابگیرد وتحویل ظالم بدهد و جریمه کند اورا یا کسی ظالمی راراهنمائی کند بمال یاشخص مظلوم تابگیرد مال اوراضمان برظالم تنهااست بمذهب ابوحنیفه‌امابمذهب صاحب‌ابی‌حنیفه‌محمدضمان برجمیع آنهااست یعنی‌ظالم مباشر وسبب بطوریکه ملاحظه‌میشود نظر محمد اوفی بمصلحت واقرب بنظریات جدید است که سبب را دخیل در جریمه اصل میدانند اعم‌ازجنبه مدنی وجنبه جزائی .

---

۱ـ چندمثال دیگر ازاین‌قبیل‌مؤلف‌محترم ذکر کرده که‌برذکر آنهافائده‌ای مترتب نیست (مترجم)

همچنین است اگر کسی شخصی رانگاهدارد ودیگری اورابکشد نگاهدارنده سبب و کشنده مباشر است بعضی ازفقها مانند شافعی قاتل راکه مباشر است ضامن میدانند دیگران ازقبیل مالك وابن حنبل نگاهدارنده رادرحکم قاتل میدانند ولذا حکم بشرکت درمسئولیت مباشر وسبب کرده‌اند .

شبیه باین مسئله است اکر کسی چاهی رابرای شخص‌معینی حفر کند لکن شخص دیگری رادیگری درآن‌چاه افکند دراین فرض بنظربعضی ازفقهاکه ازآن جمله میباشند فقهای مالکی‌حافر چاه وکسی که دیگـری‌را درچاه‌افکنده‌مشترکاً مسئول وضامن میدانند .

قبلا گفته شد اگر کسی راهنمای سارقی درسرقت شود سارق مسئول است نه راهنمالکن اگر راهنما درفرض مزبور بسبب دیگر مسئول وضامن باشد باسارق در ضمان شرکت خواهد داشت .

مثل اینکه ودیع سارق راهدایت کند بمال‌ودیعه وسارق آنمال راسرقت کند بنابراین‌فرض سارق وراهنمادرضمان‌شرکت‌دارند امانه‌بسبب دلالتی که‌ازسارق کرده بلکه بسبب تقصیری که درحفظ مال امانت نموده‌است .

(مواردی که برخلاف قاعده تقدم مباشر برسبب سبب‌مسئول وضامن است )

مواردی‌ازمستثنیات قاعده مزبور میباشد که سبب به تنهائـی مسئول و ضامن است واین عدم مسئولیت مباشر هنگامی است که تضمین مباشر متعذر باشد تعـذر تضمین مباشر بدونحو ممکن‌است یکی‌آنکه مباشرغیرمسئول باشدیاآنکه معروف نباشد در اینمورد سبب اقوی ازمباشر میباشد وضامن‌است مثل اینکه شهود برخلاف واقع علیه کسی درمحضرقاضی شهادت دهند وقاضی باستنادشهادت آنهاحکم علیها و صادرنماید در اینصورت قاضی مباشردرتضییع مال محکوم علیه میباشد و شهود سبب هستند دراین‌فرض قاضـی‌ضمانتی ندارد و شهود که سبب بودند ضامن محکوم بـه میباشند همچنین‌است اگر کسی طعامی رامسموم کند دیگری اشتباها طعام‌مسموم

را بشخص بدهد و هلاك شود در اینمورد نیز مسموم کننده طعام ضامن است که سبب بود .

ازاین امثلة ونظائر اینها معلوم میشود که اصل در تقدم مباشر وسبب رجحان مباشر است. بر سبب لکن اگر سبب ومباشر در اثر معادل باشند هردو در مسئولیت شریك اند واگر سبب اقوی از مباشر باشد سبب مقدم است، چون همواره در جرائم مباشر اقوی ازسبب است دوقسم اخیر برخلاف اصل وقاعده محسوب میشوند .

## فصل پنجم

# درخطاء جرمی ونظریات مختلف علمای حقوق

تاکنون شروط متعددی که لازمه تکوین جرم میباشد ازعمل وضرروتعدی و رابطه سبب بین عمل وضرربیان شداینك درمقام آن میباشیم که آیا وجوداین شرایط برای ایجاب مسئولیت جرمی مجرم کافی است یاعلاوه براین شرائط تخلفی که ناشی ازقصد یاعدم تحرزمجرم باشد شرط تحقق مسئولیت جزائی مجرم میباشد .

دراین مسئله دونظر مختلف بین علمای حقوق موجوداست بعضی تخطی راشرط تحقق مسئولیت جرمی میدانند بعضی دیگر تخطی را در مسئولیت جرمی شرط نمیدانند .

نظریّه اول بنظریّه تخطی معروف است نظریّه دوم را اصطلاحاً نظریّه مخاطره مینامند .

ماهردونظریّه رابطور مختصر ومفید بیان وتوضیح خواهیم داد .

## نظریه تخطی

قبلا بایددانست مرادازخطا دراینجا عدم قصد واشتباه که درقتل خطا مقابل قتل عمد استعمال میشود نیست بلکه مرادازخطا دراینجابمعنی تخطی و گناهاست ، وخطا بکسرخاء میباشد که شامل سوء نیّت و تعمّد در عمل وتقصیروعدم

تحرّز از گناه میشود مراد از قصد اراده وتوجه عامل بجانب فعل ونتائج آن میباشد مانند رها کردن تیر بقصد کشتن طرف آیا عدم تحرز عبارت است ازتوجه اراده عامل بفعل خود بدون توجه بنتایج حاصله از آن مانند سرعت زیاد اتومبیل درخیابان که راننده متوجه فعل خود هست لکن بعواقب مترتبه بر آن توجهی ندارد .

تقصیر عبارت از اهمال درامری میباشد که واجب است توجه بر آن مانند تقصیر درحفظ امانت بنظر طرفداران نظریّه تخطی مسئولیت جرمی هنگامی متحقق میشود که فاعل بمعانی که ذکر شد خاطی باشد البته معانی مزبور شامل سوء نیت وتقصیر تحرّز میشود .

## نظریه مخاطره

بنا بنظریه مخاطره موجب مسئولیت جرم هرامری است که مضرّ بغیر باشد بدون مجّوز اعم از اینکه عامل خاطی بمعنای مذکور باشد یانه .

این نظریّه ناظر بفاعل جرم ومتضرر وقصد فاعل نیست بلکه ناظر بحدوث ضرر است مثل اینکه طبق این نظریّه رابطه بین اموال طرفین است ولذا اگر دو نفر یکی مرتکب عمل مضری شده باشد دیگری هم متضرر از آن عمل شده باشد ولی خلاف درترجیح یکی ازدوعمل باشد بموجب این مبنا ونظریه عدل اقتضا میکند عامل مضرّ بسبب عملی که مرتکب شده مجازات شود اعم ازاینکه باسوء نیت و بقصد تخطی مرتکب شده باشد یاخیر.

دراین صورت همانطوریکه انسان ازعمل مفید منتفع میشود ازعمل مضرّ هم متضرّر خواهد شد بنا براین عمل شخص درمخاطره است گاهی مثمر خیر است وگاهی موجب شرّ است اعم ازاینکه عامل قصد خیر یاشرّ داشته باشد

## قوانین جاریه دردنیا متوجه نظریه تخطی است

قابل تردید نیست که نظریّه مخاطره موردتوجه علمای حقوق وقوانین جاری

نمیباشد و بیشتر قوانین جدید وزنده دنیا بطور کلی متوجه نظریه تخطی میباشد چنانچه درقوانین فرانسه وانگلیس و آلمان و لبنان ملاحظه میشود ماده ۱۳۸۲ وماده ۱۳۸۳ قانون فرانسه مقرّر داشته هر فعلی که ازشخصی صادرشود وموجب ضرر دیگری گردد مناط درضمان تخطی عامل است .

با این وصف نظریّه مخاطره هم درتحقیقات علمی واجتهادات قضائی بعضی از کشورها تأثیر نموده وطرفدارانی دارد (۱) .

## توضیح معنی خطا

دراینکه قصد وتعمد عامل موجب مسئولیت وضمان درجرائم است محتاج ببرهان وتوضیح نیست بحث دراینست که اگر تخطی ازنوع تقصیر یا عدم تحرز بوده باشد چگونه تعیین می شود.

ومراد ازتحرّز لازم برشخص چیست .

پاسخ این پرسش‌ها متوقف برروش قانونی است که دراین موارد دراجرای قوانین اتخاذ شده .

شکی نیست دراینکه مشخصات عرفی درحیات اجتماعی هرمجتمع ملاك رویه اخلاقی ودرجه ومیزان تمدن یك مجتمع میباشد .

بدیهی است روش اخلاقی ودرجه تمدّن اجتماعات بیك وتیره ویك درجه معین نیست بلکه هراجتماعی روش اخلاقی وتمدّن بخصوصی دارد وازهمین جهت اجتماعات متمایز از یك دیگر میباشند زیرا تمایلات ومشارب وطباع واخلاق افراد هر اجتماع با اجتماع دیگر متباین ومتفاوت است درهر اجتماعی اگر سطح اخلاق وروش او بوتیره مخصوص خود بالارود مورد مدح وستایش همان اجتماع است وچنانچه سطح اخلاق

---

۱ـ ملاحظه شود کتاب حقوق کولان وکاپتان فرانسوی جلد دوم صفحه ۳۶۷ تالیف ملانبول جلد دوم سطر ۸۶۳

آن اجتماع پائین برود مورد مذمت قرار میگیرد واگر روش واخلاق فردی از اجتماع مناسب و معادل باروش اجتماع باشد آن فرد معتدل است.

همین تمایز واختلاف درعرفیات واخلاق اجتماعات معیاری مؤثر برای تعیین تخطی در تصرفات فعلی میباشد بنابراین میزان تحرز ازخطا نسبت بمقررات وعدم تحرز همان تجاوز از اعتدال و انحراف ازمقررات میباشد درهر اجتماعی متجاوز از حدودمقرره عرفی رامخطی مینامند پس مناط درخطا وعدم تحرز که موجب ضمان و مسئولیت است تجاوز ازحدود اعتدال عرفی دراجتماعات میباشد وبرای تعیین تحرز لازم این آخرین مرحله ایست که علمای حقوق معاصر مخصوصاً علمای حقوق فرانسه وانگلستان بآن رسیده اند و بطوریکه ملاحظه میشود اتخاذ این رویه منطبق باعقل و عدل وانصاف میباشد.

## مبنای شریعت اسلام در مسئله

درشریعت اسلام هیچیك ازدونظریه تخطی ومخاطره بتنهائی مناط درمسئولیت وضمان نیست بلکه نظریه وسطی اتخاذشده درشرع اسلام تخطی درجرائم تسبیبی موجب ضمان ومسئولیت میباشد.

لکن درجرائم مباشرتی تخطی مؤثر درضمان نیست واتخاذ این رویه درشریعت اسلام مستند بنص صریح عمومی است در ماده ۹۲ و ۹۳ المجله تصریح شده مباشر ضامن است ولواینکه متعمد نباشد لکن سبب ضامن نیست مگر باتعمد.

این قاعده قبل از کتاب بغدادی درضمانات معروف بود گو چه از گفتار بعضی از مؤلفین معاصر خلاف آن فهمیده میشود این قاعده را ابن نجیم یکی ازفقهای قرن دهم بعد از هجرت در کتاب اشباه و نظائر نقل کرده تردیدی نیست که قاعده مزبور از ابتکارات ابن نجیم نیست بلکه قبل ازاوهم معروف بوده زیراموضوع ومبنا ومسائل مترتبه بر آن درقدیمی ترین کتب فقه اسلامی موجوداست.

درهر صورت شریعت اسلام شرط ضمان را در اضرار تسبیبی تعمّد وقصد مقرر داشته و این شرط دراضرار مباشرتی نیست گمان من اینست که سبب این حکم دراسلام اینست که دراضرار مباشرتی جهت اتصال فعل واضرارقوی است ولذا عمل اضراری به تنهائی کافی برای ضمان میباشد اما دراضرار تسبیبی چون بین اضرار وفعل واسطه موجودمیباشد لذا تعمد درتسبیب اضراری موجب ضمان مسبب میشود .

قبلا گفته شد استعمال کلمه خطادراین موارد استعمال شایع بمعنی اشتباه نیست بلکه معنی آن دراین مبحث تجاوزازحدود قانون است وشکی نیست که مراد از کلمه خطا دراینمورد قصدتنها نیست بلکه شامل تقصیر وعدم تحرّزهم میشود ولی علمای حقوق در کلمات خود تصریح باین معنی نکرده اند وتوضیح هریك ازمعانی مزبوررا رانداده اند لکن ازامثله متعددی که درمؤلّفات خود جمع آوری کرده اند این نتیجه بدست میاید که مقصود فقها شبیه بنظریه اروپائیها درمعنی خطا میباشد که قبلا ذکر شد .

بااین قاعده دراحوال مباشرت وتسبیب بااختلاف انواعی که دارد توضیح خواهیم دادوسپس عدم ضمان درجمیع موارد تسبیبی بیان خواهد شد باید دانست امثله‌ای که درباب ذکرشده تکرارنمیشود وقصدما آن نیست که درجمیع حالات و احکام مسئله بحث کرده باشیم بلکه اکتفا میشود بذکراهمّ مسائل ازالمجله و کتب فقهیه ولواینکه امثله مزبورازمذاهب مختلفه اسلامی اخذشده باشد زیرامقصود ماتعیین روش فقها و تحقیقات آنها درمسئله مزبوراست واینکه بین فقها اختلافی درمبنا نیست بلکه اختلاف درانطباق مصادیق جزئی بامفاهیم است .

قبلا روشن ساختیم وبازهم ثابت خواهیم کرد که غالباً درمبانی واصول اختلافی بین فقها نیست بلکه خلاف درانطباق فروع بااصول است چنانچه این اختلاف در اجتهادات قضائی درمحاکم عصری هم موجود است .

# قاعده مباشرت

مباشر ضامن است ولواینکه متعمد نباشد این قاعده در احـوال مباشرت اصل است .

وماده ۹۱۲ المجله مبتنی برهمین اصل میباشد که مقررداشته اگر تلف کند کسی مال دیگری را بدست خود یاامین خود اعم ازاینکه دراتلاف قصد داشته‌باشد یانداشته باشد ضامن است ونیزازامثله این قاعده ماده ۹۱۳ است کـه تصریح نموده باینکه اگر کسی بدون اختیار بر مال دیگری سقوط کندوتلف‌نماید آن مال راضامن است وهمچنین اگر کسی درحال خواب ظرف یامتاع غیررا تلف کند یاآنکه در ملك خود کسی بهدف معینی تیررها کند واتفاقاً بمال غیراصابت نموده آن مال را تلف کند متلف ورها کننده تیرضامن است درتمام این احوال متلف قاصد بـاتلاف نبوده مع الوصف ضامن است زیرا دراعمال مباشرتی قصد درضمان ضرورت ندارد و همین دلیل که دراتلاف مباشرتی‌قصد مدخلیت درضمان ندارد مدخلیت علم‌هم‌شرط تحقق ضمان نیست ولذا ماده ۹۱٤ المجله مقررداشته اگر کسی تلف کند مالی را بگمان اینکه مال خودش میباشد پس ازاتلاف معلوم شود که مال غیربـوده متلف ضامن است‌وهمین معنی تفسیرمیکندآنچه را درباب‌آینده ملاحظه خواهید کرد که صبی‌قاصر اگرتلف کند مال غیررا ضامن است چنانچه ماده۹۱۹المجله مقررداشته اگرچنانچه تعمد بمعنی خاصی که قبلا تعریف شد ازشروط مباشرت قرارمیگرفت حکم بضمان صبی قاصر قابل قبول نبود زیرا درصبی قاصروجود قصد وتحرزوامتیاز مفروض شرعی یاعرفی تصورنمیشود درهرصورت باید دانست که این قاعده واصل کلی هم مستثنیاتی دارد که اهم‌آن مستثنیات همان مستثنیاتی است که ازقاعده‌تقدم مباشر برسبب استثنا شده بود که برخلاف قاعده و اصل سبب مقدم برمباشر بـود درآن مستثنیات برخلاف اصل ضمان برمسبب است زیرا خطا ازمسبب میباشد در اینجاهمان‌استناد موجود است زیرا برخلاف‌قاعده المباشرضامن وان‌لم یتعمدمیباشد

## تسبیب یاقصدضرر

تردیدی نیست که تسبیب بقصد اقوی حالات تسبیب است از لحاظ ایجاب مسئولیت وضمان برای سبب وخلاف زیادی‌هم در آن نیست لذا بامثله کمی درمسئله اکتفا میشود .

قبلا گذشت که اگرشهودی برخلاف واقع درمحضر حاکم بضررشخصی شهادت بدهند ومنتهی بصدورحکم گردد شهودمسئول وضامن محکوم‌به میباشندوحال آنکه قاضی مباشروشهود مسبب بوده‌اند .

ونیزاگرطرفین ریسمانرا دونفربکشند شخص‌سوّمی آنرا قطع کند کسانیکه طرفین ریسمان را داشتند بزمین خورده وبمیرند اگرقصد قاطع اضرار بدو نفـر طرفین ریسمان بـوده ضامن ومسئول است چنانچه قطع بمصلحتی بـوده مسئول نیست .

ازنظائراین امثله است مقررات ماده ۹۲۳ المجله وماده ۹۲۷ المجله کـه تصریح نموده باینکه اگر کسی مسدود کند راه‌آب زمین مزروعی یاباغ دیگری‌را باالنتیجه زراعت یااشجارصاحب زمین وباغ خشك شود سد کننده راه‌آب مسئول و ضامن خسارات است .

وهمچنین اگر کسی‌بداند که‌درزیرآب ناودان طعام‌دیگری است‌مع‌الوصف آب را درناودان جریان‌دهد ضامن طعام تلف شده میباشد زیرا سبب اتلاف طعام‌شده با تعمد .

## تسبیب یاتقصیر

بعض تکالیف فردی واجتماعی است که رعایت آنها برشخص واجب استودر صورت اهمال درادای تـکالیف مکلف مسئول وضامن نتایج حاصله از عدم انجـام وظیفه میباشد .

ازاهم آن تکالیف حفظ ونگاهداری اطفال است بر کسیکه طفل تحت کفالت وقدرت اوست مثلا اگر کسی طفلی را ازاولیاء اوسرقت کند سارق مکلف بحفظ او خواهد بود تاباهلش مسترد داردداینصورت چنانچه طفل را سبعی بدرد یامار بگزد آیا غاصب طفل ضامن است یانه بعض ازفقها مانند شافعی وزفر وحنفی گفته اند در صورتیکه غاصب تقصیردرحفظ طفل کرده باشد مثل اینکه اورا در دسترس درنده یا مارقرارداده باشد ضامن است لکن درصورت فقدان تقصیرضامن نیست زیرا طفل انسانی آزاد است وبرانسان آزاد اطلاق غصب نمیشود علاوه هلاکت طفل بمباشرت سارق نبوده بلکه مباشرت درهلاکترا حیوان نموده سایرفقهای حنفی حکم بضمان سارق نموده‌اند اعم ازاینکه سارق مقصردرحفظ باشد یانباشد ازباب استحسان زیرا اگرطفل دراختیارپدرومادرش بود ازنگاهداری لوغفلت نمیکردند در اینصورت سارق سبب هلاك طفل شده ودرحکم فرقی نیست بین طفل صغیریا انسان کبیری که درقید دیگری قرارگرفته باشد بایدجان وسلامتی محبوس را حفظ نماید . ودرصورت تخلف مسئول است .

فقهای حنفی اختلاف دارند درحکم طفلی که ربوده باشداورادیگری وآن طفل خودرا بکشد یابرای فرارازدست سارقین خودرا ازمرکب بزیرانداز وتلف شود ابی یوسف یکی ازفقهای حنفی حکم بضمان سارقین نموده ولی محمدبن حسن گفته غاصب دراین فرض ضامن نیست .

امثله زیادی ازاین قبیل در کتب فقه حنفی دیده میشود مثلا گفته‌اند اگرزنی طفل سه‌ساله خودرا درمنزل بدون سرپرست ومحافظی بگذارد طفل درآتش یا آب افتاده وهلاك شود .

مادرضامن است چون تقصیردرحفظ اونموده است ولی اگرطفل بسن شش سالگی رسیده باشد که‌قادربحفظ خود باشد درآن فرض مادرمسئولیت وضمان‌ندارد واگرمادری طفل خودرا نزد دیگری بگذارد وغیبت نمایدوطفل درآتش بیافتد و

بسوزد حافظ مسئول است وبایددیه طفل را بمادروورات اوبدهد بشرط آنکه طفل قادر بحفظ خود نباشد .

همینطوراست حکم معلّم ومدیرمکتب خانه یامدرسه نسبت باطفال ونیز امثله‌ای ازنوع دیگردر کتب فقه حنفی دیده میشود مثل اینکه اگر کسی براند مرکوبی را زین یالجام یابار اوبدیگری اصابت نموده‌فوت‌شود دراین فرض گفته‌اند راننده ضامن است زیرا نتوانسته حیوان را ازاصابت بدیگران حفظ نماید درخاتمه ناچار ازاشاره بدیواری که مایل بانهدام باشد که درباب آینده مورد بحث قرارخواهد گرفت‌هستیم که ازامثله تسبیب یاتقصیرواهمال میباشد .

## تسبیب ازعدم احتراز

مسائل عدم تحرّزدرتسبیب بدون شك اكثريّت مسائل تسبیب را در کتب‌فقه تشکیل میدهد.زیرا نوعاً شخص اعمالی را باختیار خود انجام میدهد بدون اینکه بینائی کامل بنتائج وعواقب آن داشته باشد بعضی‌ازامثله که درباب‌وارد است ناچار از نقل آن میباشیم ماقصد نداریم صفحات این کتاب را فقط پر کنیم بلکه قصد ما اینست که بعضی مسائل مهمی که پراکنده در کتب فقه است تحت نظم وقاعده در یکجا جمع آوری کنیم واینك اهم مسائل را درباب بطور موجزواختصار نقل خواهیم کرد .

يك مسائل مربوط بشارع عام

شکی نیست دراینکه هر کسی حق دارد ازشارع عبورنماید لکن موظف‌است هنگام عبوررعایت حقوق دیگران راهم بنمایدوسبب اضراربدیگران نشودوچنانچه درحین عبوردرشارع ازحدود حق خودتجاوزنماید ورعایت دیگران‌رانکندباالنتیجه دیگری ازاومتضرّرشود ضامن خسارات متضرّر خواهد بود بسبب بی اعتنائی وعدم تحرز ازرعایت حقوق دیگران این معنی درماده۹۲۶المجله تصریح شده باینکه هر کس حق مرور ازشارع عام رادارد لکن بشرط‌رعایت‌حقوق سایرین .

مثلا اگر حمّال درحین عبور بدون رعایت محمول خودرا بروی زمین بیافکند ومال دیگری راتلف کند حمّال ضامن مال تلف شده میباشدچون رعایت حق دیگری را هنگام فرود آوردن محمول نکرده یااگر شعله آتش دکان حدّادی از حدود کانش تجاوز نموده لباس دیگری را بسوزاند حدّاد بواسطه عدم تحرّز ضامن است .

ونیز درماده ۹۲۷ المجلد مصرح است که کسی حق جلوس یا گذاردن چیزی یااحداث بنا درشارع عام بدون اذن حاکم نـدارد ودرصورتیکه اقـدام بیکی از این امور نماید ضامن خسارات ناشیه ازعمل خودمیباشدبشرح مندرج درماده مزبور.

## مسائل مربوط باب و آتش

اگر کسی مشروب نماید زمین خودرا فاضل آب آن بزمین همسایـه سرایت نماید و آنرا خراب کند .

یا آنکه کسی درخانه یاملك خود آتش افروزد وشراره آتش بمنـزل همسایه سرایت نماید وخانه همسایه را بسوزاند در حکم آن مسائل واجـب است تدقیق و تفصیل .

زیرا اگرشرب زمین وافروختن آتش ازجریان عادی ومتعارف تجاوز نکرده باشد عامل مسئولیت وضمانی ندارد لکن اگرشرب زمین وافروختن آتش از وضع وحال عادی تجاوز کرده باشد مثل اینکه فشارومقدار آب ازحدّ متعارف گذشته باشد یاآنکه آتش نزدیك زراعت یاخانه همسایه زائد برحدّ متعارف افروخته شودبنحوی که عمل غیرمتعارف باشد البته عامل ضامن ومسئول است .

سوم مسائل مربوط بچاه .

جائز نیست کسی درمعبرعمومی یاملك غیر حفرچاه نماید اگربدون مجوّز اقدام بحفرچاه نمایدوانسان یاحیوانی درآن افتاده وهلاك شود حافرچـاه ضامن و مسئول است .

درمباحث قبل هم اشاره باین مسئله شده است شکی نیست دراینکه درحالات

آن فرضیّه تقصیر مؤثر است .

لکن درهمین فرض اگر کسی درملك خود حفر چاهی نماید وانسانی یاحیوانی درآن افتاده تلف شود صاحب چاه مسئول نیست مگر آنکه ثابت شود صاحب چاه بی مبالاتی درعمل خود کرده .

بهترین بیانی که دراین فرض بنظر رسیده بیان علامه موفق الدین بن قدامه است که عیناً نقل میشود اگر حفر کند شخصی چاهی درملك خود وانسان یاحیوانی درآن افتاده وتلف شود چنانچه شخص یا حیوان بدون اجازه مالك داخل درملك صاحب چاه شده باشد حافر چاه مسئول وضامن نیست .

وهمچنین اگر بااجازه بوده وچاه هم درمنظره قرار گرفته که هر انسان یاحیوانی هم متوجه شده واحترازاز آن میکند مع الوصف کسی یاحیوانی درآن سقوط کرده و هلاك شود حافر ضامن نیست ولی اگر چاه درمنظره شخص یاحیوان نباشد مثل اینکه بوسیله غیر قابل اطمیان روی چاه پوشیده باشد که شخص توجه نکند یاشخصی که داخل ملك شده نابلد باشد در تاریکی بدون تذکـر باینکه درملك چاه است داخل شود درامثال این فروض اگر انسان یاحیوان درچاه مزبور سقوط وهلاك شود حافر ضامن است وباین معنی نظر داده اند شریح وشعبی ونخعی ومالك وبعضی از اصحاب شافعی بنابریکی از دوقول او لکن شافعی درقول دیگر گفته دراین صورت حافر ضامن نیست زیرا هلاکت مستند بفعل خودش بوده.

چهارم مسائل دیگر

ازمسائلی که ازعدم تحرّز سبب شمرده میشود درمسئله سرقت بار گذاردن در انبار یامحفظه اموال است اگر کسی درمحفظه یاانبار راباز گذارد ودر اثر غفلت او سرقتی واقع شود برخلاف عقیده اکثر فقها مالك میگوید غفلت کننده ضامن است .

امثله ای که گذشت درتسبیب ضرر بواسطه عدم تحرّز مسبب مسائلی بود که در کتب فقه بآنها برخورد کردیم نتیجه حاصله ازبیان امثله مزبور انطباق نظریّه فقهای

اسلامی بانظریّه متخذه علمای حقوق معاصر درمسئله تسبیب است .

## مسئولیت وضمان صاحبان حرف وصنایع

نظر باینکه تصدّی بعضی حـرف وصنایع ملازم با تخصص علمـی وفنی است متصدّیان این گونه مشاغل باید تخصص علمی لازم رابقدر کافی داشته باشند تاارباب رجوع ومتصدیان مربوطه ازخطرات جهالت آن متصدیان محفوظ بمانند .

و چنانچه کسی بدون داشتن تخصص کافی تصدی کند یکی ازحـرف وصنایع مزبور رامسئول خسارات وعواقب آن میباشد ولذاطبیب جاهل راحاکم حق دارد بلکه بر او واجب است ازعمل طبابت منع کند . از باب تقدم مصلحت عام بر مصلحت خاص .

علاوه چنانچه کسی متصدی شود شغلی را که تخصص کافی در آن شغل نداشته و ازاین راه دیگری متضرّر شود شکی درمسئولیت وضمان متصدی جاهل نیست .

ازقدما یوستینانوس صاحب مدوّنات رومانی در کتاب الاحکام گفته است که در بعضی اوقات جهالت خطامحسوب است مانند طبیبی که داروی غلط تجویز کند یاجرّاحی که غلط عمل نماید باالنتیجه مریض بمیرد .

اماعلمای حقوق جدید جهل وعدم تخصص متصدیان حرف وصنایع راملحق بعدم احتراز (بی اعتنائی بمقررات) دانسته اند باستناد اینکه جاهل رانمیتوان متخلف ازحدود تخصص دانست زیرا درصورت جهل تخصص فنّی فوق توانائـی اواست بلکه چنین شخصی مسئول است که باعلم بجهل خود دخالت درامری کرده .

که بصیر در آن امر نبوده پس ازبیان این حقیقت که نزدیك ببدیهیات ومحتاج باستدلال نیست مع الوصف ملاحظه میشود که درفقه اسلامی متعرض مسئله شده اند .

زیرا نیست بابی ازابواب عملی مگر آنکه فقهامتعرض شده اند اینك بعضی ازامثله فقه اسلامی نقل میشود .

اما تسبیب بطبیب جاهل حدیث شریف آنست **من تطبب ولا یعلم منه طب فهو ضامن** ونیز حدیث دیگری باین مضمون میباشد **ایما طبیب تطبب علی قوم لایعرف له تطبب قبل ذالك فاطب فهو ضامن** چه بسا طبیبی طبابت میکند مریض را و حال آنکه از طب چیزی نمیداند در این صورت ضامن عواقب عمل خود میباشد.

امام شافعی گفته اگر کسی مراجعه کند بمردی برای حجامت یا ختنه فرزندش یا بیطاری حیوان مریض و در اثر طبابت و عمل آن انسان یا حیوان مورد عمل بمیرد اگر عمل حجام یا بیطار از اهل خبره تصدیق نمایند که طبق معمول و صحیح بوده عامل مسئولیت و ضمانی ندارد و چنانچه خلاف آنرا تصدیق نمایند ضامن و مسئول است.

وهمچنین است حکم کسیکه برای خبّازی اجیر میشود و خمیر را میسوزاند باید رجوع بخبره شود در امثله مزبور مستفاد میشود که مناط در حکم بمسئولیت وضمان جهل بفن وعدم تخصص است چنانچه بعضی از فقها فتوی داده اند که اگر از عطار شربت برای طفل شیرخوار خواسته شود.

عطار طبق دستور شربت رابدهد اتفاقاً باخوردن شربت طفل بمیرد یا اینکه طبیب حاذق تجویز نماید دوارا و اتفاقاً پیش از خوردن دوا طفل مریض فوت کند مسئولیت وضمانی برعهده عطار و طبیب نیست.

در خاتمه ناچار از توضیح میباشیم که مراد از جهل در این مقام جهل ظاهر واضح و عدم مهارت و حذاقت که لازمه حرفه و صنعت است میباشد اما اشتباهات عادی که ملازمه باطبع شغل دارد غالباً قابل توجه نیست ولذا تصریح کردند بعضی از علماء حنفی وغیر حنفی باینکه اگر قاضی در بعضی احکام سهواً یا نسیاناً خطا کند ضامن نیست مگر آنکه متعمد در تخطی باشد.

بدون شك این نظر صواب است زیرا **لایکلف الله نفساً الا وسعها** و اینکه کمال و عصمت منحصر بخدای یکتا است **وفوق کل ذی علم علیم**.

## عدم خطا و مسئولیت

پس از آنکه معلوم شد ملاك مسئولیت جرم تعمد وتخطی بمعنائی که ذکر شد در اضـرار تسبیبی میباشد طبیعـی است در صورت انتفاءِ تعمد مُسئولیت و ضمان هم منتفی است .

درطی مباحث گذشته بعضی ازامثله دراین باب ذکرشد ولکن واضح ترین امثله درباب انتفاء مسئولیت یاعدم تعمد در اضرار تسبیبی در موارد خطاء مجنی علیه یا خطاء شخص ثالث یا درموارد وجود قوه قاهره است اینك توضیح مطلب اجمالاً داده میشود که ازمواضع ومذاهب مختلف اختیارشده است .

## اولا خطاء مجنی علیه

عملی است که یکی ازافراد انجام دهددیگری ازعمل آن شخص سوء استفاده کرده ومتضررشود بنابراین عمل سبب تحرزشخص گردیده مع الوصف فاعل عمل اول مسئول ضررحاصله نیست مثل اینکه شخصی اسلحه بشخصی بدهد یابفروشد گیرنده یا خریدار اسلحه باآن انتحارنماید فروشنده اسلحه ضامن قتل نیست ویاآنکه درملك خود حفرچاهی کند وآنرامکشوف ومعلوم بگذارد دیگری بااذن مالك داخل ملك آن شود ودرچاه ساقط وتلف گردد ضمانی برحافرنیست چون دردومثال مزبورخطاازخودمجنی علیه بوده است .

وَهمچنین اگر کسی درشارع عمومی حفرچاهی نمایدودیگری عمداً خودرا درچاه افکند حافرضامن نیست زیرا تسبیب بتعمد مجنی علیه منقطع گشته است .

## ثالثا خطاء شخص ثالث

آنچه درباب خطاء مجنی علیه گفته شد ساری درشخص ثالث نیز میباشد مثلا

اگر کسی جلدی را که در آن شیئی جامدی است پاره کند دیگری آتش نزدیک آن جلد بیاورد محتوی آنرا ذوب نموده تلف نماید پاره کنند جلد ضامن نیست بلکه ضمان بعهده ذوب کننده است زیرا مباشرت در اتلاف داشته و عدم ضمان پاره کننده از باب تقدم مباشر بر سبب است .

## ثالثا قوه قاهره

آفت سماوی بتعبیر فقها یا قوّه قاهره باصطلاح علمای حقوق جدید عبارت از هر امر عارضی است که قدرت انسانی در آن دخالت نداشته باشد .

قوّه قاهره بطور کلی سبب انتفاء ضمان و مسئولیت است مگر درمسئله غصب که طی مباحث پیش گذشت اگر مال مغصوب در ید غاصب تلف شود اعم از اینکه سبب اتلاف خطاء غاصب یا قوه قاهره باشد غاصب مسئول و ضامن است زیرا تصرف غاصب در مال مغصوب عدوانی وغیر مباح بوده است .

مثل اینکه کسی طفلی را بمکانی نقل دهد و آن طفل اتفاقاً بمیرد ناقل طفل مسئول وضامن نیست مگر آنکه ناقل طفل را بمحلی که مرضی امثال طاعون یا وباشیوع داشته باشد نقل کند وبآن مرض بمیرد دراین صورت چون تقصیر درحفظ طفل نموده ضامن ومسئول است .

و همچنین گذشت درمسئله جلد اگر کسی آنرا بازنماید لکن محتوی آن در اثر زلزله یا وزیدن باد شدید وامثال آنها تلف شود باز کننده جلد بمذهب شافعی ضامن نیست و همینطور است اگر کسی سنگی درمسیر عمومی قرار دهد لکن دراثر سیل سنگ حرکت کند وچیزی را بشکند یاخراب کند دراین صورت قرار دهنده سنگ ضامن ومسئول مال تلف شده نیست .

و اخیراً درفتاوی خیریّه آمده که اگر نارنجکی درمحلّی قـرار دهند کـه بخودی خود محترق شده و بشخصی اصابت نماید واو رابکشد قرار دهنده ضامن و مسئول نیست .

بدون شك این فتوی مورد نظر ودقت است زیرا مواد محترقه ازاشیاء خطرناك وقابل کمال احتیاط است که باید درمحل وانباروحمل ونقل آن دقت واحتیاط کامل نموده چنانچه در اثر بی احتیاطی وعدم احتراز ازخطرات آن عمل شود عامـل آن مسئول خواهدبود .

چنانچه نظریه علمای حقوق جدید دراین فرض بر مسئولیت و ضمان عامل غیر محتاط میباشد در هرصورت فتوای مـذکور مورد اتفاق فقهـای اسلامی نیست وجز بعضی از متأخرین فقهای حنفی فتوای دیگری از فقهای اسلامی دراین مسئله دیده نشده .

## مسئولیتهای خفیف وحوادث تصادم

درمباحث پیش اعمال مضرّه‌ای که موجب مسئولیت کامل واعمال مضرّه‌ای که مسئولیت وضمان در آنها منتفی است بیان شد ونیز بیان شدعدم ضمان مواردی که ضرر نتیجه خطاء خودمتضرر باشد .

باقی میماند مواردیکه ضررحاصله نتیجه عملی است که عامل یامتضرر در آن شرکت داشته باشددراین گونه مواردضمان ومسئولیت عامل بواسطه شرکتی که متضرر درعمل مضر داشته خفیف خواهدبود .

چنانچه ماده ۱۳۵ قانون موجبات وعقودلبنانی مقررداشته اگرمتضرر شریك درعمل مضر بوده مسئولیت عامل تاحدودی تخفیف خواهدیافت لکن مسئولیت وضمان بکلی مرتفع نمیشود .

این مبنا بعنوان قاعده در کتب فقها ثابت نیست لیکن ازمجمـوع مسائل و قضایای مربوطه که ازآثار فقها باقی است نزدیك باین مبنا مستفاد میشود مثلا در ماده ۹۱۵ المجله چنین مقررشده اگر کسی جامه دیگری رابکشد تاپاره شودضامن تمام قیمت جامه است ولی اگرصاحب جامه بادیگری گلاویز شوند وجامه پاره شودضامن نصف قیمت جامه است .

وهمچنین است اگر کسی روی دامن لباس دیگری جلوس کند صاحب لباس بدون توجه بجلوس طرف برخیزد ولباس اوپاره شود جالس ضامن نصف قیمت لباس است .

اظهر انواع اشتراك در عمل مضر بدون شك مسئله تصادم است که طبعاً درزمان حاضر حوادث تصادم ازوسائل نقلیه تندرو و کندرو بسیاراست که درزمان سابق نبوده یا بسیار کم بوده است حوادث تصادم درزمان سابق محصور درتصادم بین رونده گان و کشتی ها وامثال آنها بوده که بطور اختصار حکم هریك ازآنها بیان میشود .

## اولا تصادم رونده گان پیاده وسوار

حوادث تصادم بین رونده گان پیاده وسوار بچند حالت فرض میشودیکی حالتی که دو نفر پیاده بایك دیگر تصادم کنند دوم تصادم بین دو نفر سوار سوم تصادم بین سواره وپیاده.

ودرهرحالت که فرض شود اگر تلف نفس یامر کوب در بین باشد .

حکم مسئله در هریك ازفروض درمذهب حنفی وحنبلی آنست که هر یك از طرفین تصادم ضامن نصف آنچه تلف شده میباشد ولی بمذهب زفریکی از فقهای حنفی و مذهب مالکی وشافعی هریك ازطرفین تصادم ضامن نصف آنچه تلف شده میباشد .

گفته شده فقهای حنفی گفته اند درحالات مفروضه هریك ازطرفین تصادم ضامن نصف آنچه تلف شده میباشند بشرط اینکه طرفین عامد درتصادم باشند .

ولکن اگر تصادم بین دو نفر که یکی متوقف ودیگری درحر کت باشد بشود ضامن کسی است که درحر کت میباشد و کسیکه متوقف بوده مسئولیت وضمانی ندارد.

## ثانیا تصادم دو کشتی

درتصادفاتی که بین دو کشتی میشود اگر تقصیر ازطرف یکی ازناخدای کشتیها باشد مسئولیت و ضمان برعهده مقصّر است وهنگامی ناخدا مقصّر محسوب میشود که قادر بجلو گیری ازتصادم بوده وجلو گیری نکرده باشدیا آنکه یکی ازدو کشتی غیر مجهز

برای حرکت بوده و ناخدای آن بحالت خرابی آنرا در آب حرکت داده در اینصورت تقصیر ومسئولیت بعهده ناخدای کشتی خراب است ولکن اگر تصادم دو کشتی بواسطه وزیدن باد یا حوادث آسمانی باشد که جلوگیری از آن ممکن نباشد هیچیك از طرفین تصادم مسئولیت ندارند.

درغیر مواردی که ذکر شد در تصادفات بین دو کشتی چنانچه تقصیر بعهده طرفین باشد فرض وحکم مسئله همانست که در تصادم بین دونفر پیاده و دونفر سواره بیان شد.

همان خلاف نیز درمسئله موجود است.

درخاتمه ناچار از تطبیق مواردیکه ذکرشد باقانون موجبات لبنانی میباشیم.

درقانون مزبور پس از اثبات آثاروضعی یعنی بدون ایجاب خطا بر حفظ اشیاء جامد بطور کلی که قریبا توضیح آن خواهد آمد در موارد ضرر حاصله از تصادفات اتومبیل وامثال آن مقررداشته که آثاروضعی دراینگونه مواردزائل میشود وبجای آن حکم مبتنی برافعال اشخاص میگردد.

باین معنی که حکم تابع سبب اضراراست باعتبار تقصیر وعدم تقصیر طرفین تصادم.

۱

# فصل ششم

## درضمان وعوض

پس ازبیان شروط مطلوب در عمل ضارّی که جرم مدنی محسوب شود در قوانین اسلام اینك بحث ما در اثر شرعی این جرم خواهد بود که عبارت‌ازضمان‌یا عوض لازم است .

دانستیم که هرتجاوز مضرّی که خلاف قانون شرع باشد عامل مکلف برفع ضرر است و لذا از قواعد کلی است که الضرریزال این یکی از قواعد چهارگانه است که قاضی حسین شافعی فقه اسلامی را مبتنی برآنها میداندگرچه قاضی حسین در این گفتار راه مبالغه پیموده ولی قابل تردید نیست که این قاعده یکی از قواعد مهمه فقه اسلامی میباشد کـه کتاب اشباه و نظائر و المجله آنرا نقل کرده ـ ومبتنی است براین قاعده قواعد دیگری که هریك عادلانه و دارای‌مصالح بسیاری است .

مدرك فقهای اسلام دراین قاعده حدیث شریف لاضرولاضرارمیباشد .

که در اوائل کتاب بیانی در آن حدیث شدو گفته شد که کلمه لاضرر تفسیر شده بمنع اضرار بغیربدون حق اما معنی لاضراررابعضی ازفقها گفته‌اند همان‌معنی لاضرراست .

یعنی منع اضراربدون حق وتکرار آن ازباب تأکید است وبعض دیگرمانند

ابن عبداله وديگران گفته‌اند معنی ضرر آنستکه عمل مضر بغیرونافع برای عامل باشدلکن معنی ضرار آنستکه مضر بغیر باشد بدون اینکه نفعی برای عامل در آن باشد بعضی دیگر حدیث شریف را معنی کرده‌اند باینکه ضرربدیگری ممنوع است ابتداءاً یا جزاءاً .

یعنی تفسیرسوم اینکه‌لاضررمنع میکند تجاوزوتعدّی بحق غیررا . ابتداءاً و کله لاضرار منع میکند ضرر را جزاءاً و لذا یکی از قواعد کلی است الضرر یزال بالضررماده۲۵ المجله گویدالضرر لایزال بمثله آنچه‌در معنی ضرر گفته شد مربوط برفع ضرر در مسائل اتلاف و امثال آن میباشد که مفسده جرم بغرامت مجرم جبران میشود و لذا متضرر حق ندارد دفاع بمثل نماید و بعبارت دیگر در امـوال‌حکم بقصاص نشده‌چنانچه در دماء حکم بمثل شده تردیدی‌نیست در اینکه مجازات بغرامت و منع اضرار بمثل با مصلحت اجتماعی کاملا موافق است زیرا ضرر متضرربا دریافـت غرامت جبران شده ومالی هم تلف نشده در اینصورت در شرع اسلام جایز نیست متضرر مقابله بمثل نماید ازباب تشفی قلب وانتقام بلکه وظیفه متضرر است که برای رفع ضرر با مراجعه بحاکم جبران خسارت خود را ازحاکم بخواهد چنانچه در ماده ۹۲ الجمله تصریح‌شده باینکه مظلوم حق ندارد تقابل بمثل نموده ظلم نماید مثلا اگرزید مال عمرو را تلف کند عمروحق ندارد مال زید را در مقابل اتلاف مال خود تلف نماید ودرصورت اعمال بمثل طرفین ضامن مالی میباشند که تلف نموده‌اند .

قواعد ضمان در اتلاف همان است که در باب غصب بیان شد بطور کلی ضامن مکلف‌است که‌مال تلف شده اگرمثلی‌باشد مثل‌آنرا و اگرقیمی باشد قیمت آنرا بدهد .

لکن آنچه قابل ملاحظه در ضمان غصب و اتلاف میباشد فرقی است که در ضمان غصب با اتلاف بدون غصب بین فقهای حنفی‌موجود است.

که درصورت اول غاصب مکلّف است قیمت روز غصب را بدهد و فرض دوم قیمت روز تلف مناط است بدون خلاف ولازم است اشاره باینکه ضمان در اتلاف اموال متوجه بشخص متلف میباشد وربطی بقبیله و عاقله متلف ندارد مانند بعض جنایات .

اما نوع عوض که باید تسلیم متضرر شود عادتا از نقود پرداخت میشود لکن درتمام موارد عوض نقدی واجب نیست مگردرقیمیات ولذا جائزاست تسلیم غیرنقود درموارد بسیاری مثلا درمثلیات ذمّه ضامن بمثل مشغول است چنانچه گذشت و در بعض موارد واجب است رفع ضرراز عین مثل بنا وتعمیردیواری که خراب نموده یا پله نردبانی که شکسته وامثال اینها .

در طریق تسلیم عوض ماده ۱۳۶ قانون موجبات وعقود لبنانی تصریح نموده باینکه اصل در تعویض عوض از نقود است لکن قاضی حق دارد با در نظر گرفتن مصلحت متضرر حکم باصلاح وتعمیرعین تلف شده یا طریق دیگر حتی بطریق انتشار در جرائد در بعض موارد جبران خسارت متضرررابنماید .

## اتلاف جزئی

آنچه تا کنون درعوض اتلاف ذکرشد احکام اتلاف تام بود لکن دربعض موارد اتلاف جزئی است که از آن تعبیربا فساد ونقصان عین میشود حکم این نوع ازاتلاف محتاج بتفصیل درمسئله است .

اصل درنقصان وافساد جزئی آنستکه متلف قیمت نقص وارده را بمالك بدهد چنانچه ماده ۹۱۷ المجله مصرح است باینکه اگر کسی برمال دیگری نقصی وارد کند ضامن قیمت نقص وارده میباشد توضیح آن ماده اینست که بانظر مقوّم ما بـه التفاوت بین صحیح و معیب را متلف ضامن میباشد این حکم نقص جزئی و کم میباشد آیا درنقص فاحش نیزهمین حکم جاری است یاخیر قبلا اشاره شد در

باب غصب اگر نقص وارده برمال مغصوب فاحش باشد مالك مخير است كه ما به التفاوت بين صحيح و معيب را دريافت كند يا آنكه مال ناقص را بغاصب بدهد و قيمت تمام آنرا دريافت دارد چنانچه ماده ۹۰۰ المجله مصرح است لكن در اتلاف بدون غصب هم آيا اين اختيار براى مالك موجود است ياخير٠

مانند قطع پاى چهارپا و امثال اينها صاحب مال مخير است كه مال ناقص را بمتلفه تسليم وقيمت تمام را دريافت نمايد يا آنكه مابه التفاوت بگيرد.

ازابوحنيفه وشافعى دراين فرض روايت شده است كه دراتلاف بدون غصب غاصب جزقيمت مابه التفاوت حقى بمتلف ندارد.

درمقابل اين نقل قول ازابوحنيفه بعض ازفقهاى حنفى تبعيت ازقول مالك نموده وقائل بتخيير صاحب مال شدند بشرط آنكه اتلاف شبيه باتلاف تام باشد مثل اينكه اگر كسى شاخه درخت ديگرى را قطع نمايد اگر نقصان فاحش باشد قطع كننده ضامن قيمت اصل درخت است وچنانچه نقص فاحش نباشد قاطع ضامن مابه التفاوت است درمقابل بعض فتاوى هم بروجوب ردقيمت متلف است.

## بعض امثله درباب

پس ازبيان قاعده كلى درضمان واحكام آن توضيع بعض مسائل فرعيه مهم در اين مبحث كه درالمجله وبعض كتب فقهى پراكنده است بى‌فائده نميباشد.

## درقطع اشجار

ماده ۹۱۰ المجله چنين مقررداشته اگر كسى بدون حق اشجارباغ ديگرى را قطع كند صاحب باغ مخيراست كه اشجارمقطوعه را بقاطع واگذار كند وقيمت آنها را درحال غرس دريافت كند يا آنكه مابه التفاوت آنرا دريافت كند مثلا اگر قيمت باغ بااشجارده هزاردينار است وبدون اشجارپنج‌هزاردينار وقيمت اشجارمقطوعه دوهزاردينار صاحب باغ مخير است اشجارمقطوعه‌را بقاطع واگذارد وپنج‌هزاردينار

مابه التفاوت را دریافت دارد یا آنکه اشجارمقطوعه را بردارد وسه هزاردینار ما به التفاوت رابگیرد .

## درخرابی عقار

درماده ۹۱۸ المجله نیزمقرراست که اگر کسی خراب کند آسیایاعقاردیگری را صاحب عقارمخیراست واگذارد آسیا وعقاررا برای خراب کننده وقیمت اورادر حال سلامت دریافت کند یا آنکهمابه التفاوت بین صحیح ومعیب آنرا دریافت‌دارد ولکن دراین فرض اگر آسیا وعقاررا خراب کند ومثل اول درست کند ذمه اوبری میشود وعلاوه دراین فرض مذهب ابی حنیفه وشافعی وداود ظاهری براینست که خراب کننده مکلف است خرابی را مانند اول بنا وتعمیرنماید مگردرصورتیکه مماثله متعذرباشد دراینصورت باید قیمت آنرا بدهد واین احکامی است که بسنّت ثابت شده ودراین مسئله محمدبن فضل قائل بتفصیلی است که اگر کسی عمارت دیگری را خراب کند اگربنا ازخاك وچوب‌قدیمی بوده است باید قیمت اورا بدهد وچنانچه بنا جدید بوده بایدآنرا مانند اول بنا تعمیرنماید .

## کور کردن چشم حیوان

بطوریکه میدانیم حیوانات ازانواع مال میباشند ولذا اتلاف تام وجزئی آنها تابع اتلاف باقی اموال است این اصل کلی است ولکن درمسئله حیوانات فقها درضمان واجب درمسئله بخصوص اختلاف دارند وآن کور کردن چشم حیوان‌است ائمه مالك وشافعی وابویوسف وداود ظاهری گفته‌اند که جانی باید قیمت نقصان حیوانرا بدهد فقهای حنفی این نظریه را درمورد حیوانات ماکول اللحم مانند گوسفند وامثال‌آن داده‌اند ولی درحیواناتیکه برای مقاصد دیگری هم درحیازت انسانی‌قرارمیگیرندازقبیل گاووشتروالاغ وامثال‌اینهااستحساناً گفته‌اندجانی باید ربع قیمت‌آنرا بدهد وباین‌حکم احمدبن حنبل‌هم‌فتوی‌داده است و گفته شده

بنصف قیمت فتوی داده است لکن ابن حزم این دو روایت را با تردیدتلقی کرده .
واخیرا روایت شده ازمالك وابن حنبل که اگر کسی دم حمارقاضی را قطع نماید قیمت تمام حماررا بایدبدهد زیرا درآن‌صورت خلاف مقام قاضی است که‌سوار برحماردم بریده شود .

بطوریکه ملاحظه شد دراین قول مبالغه ونظراست زیرا بفرض اینکه الاغ صلاحیت آنرا نداشته باشد که‌قاضی بر آن سوارشود لکن صلاحیت آنرا دارد که‌مورد استفاده دیگران واقع شود ودرهرصورت بااین وصف دربازاردارای قیمتی خواهد بود وبهتراین بود که ابن‌حنبل قائل بخصوصیت‌درحمارقاضی نباشد وحکم‌بپرداخت نقصان حمارقاضی رابدهد مانند سایراموال وحیوانات .

# باب سوم

## حالات خاصه در ضمان

### آثار مسئولیت فرد بسبب عمل غیر واکراه و آثار فقدان اهلیت .

## مسئولیت فردی

**ولاتزر وازرة وزر اخری** این دستوراللهی که یکی ازارکان شریعت مقدس اسلام وتنها قاعده ایست که بر آن مبادی واحکام بسیاری از تکالیف دینی و قضائی مبتنی میباشدو بحکم همین دستور عظیم بود که یکی ازعادات جاهلیت که عدم امتیاز بین فردوقبیله یامسئولیت فردی وقبیله‌ای باشد از بین اعراب ومسلمین رخت بر بست.

چگونه این قاعده رکن شریعت اسلام نباشد وحال آنکه م ثبت مسئولیت فردی گردیده وپس ازاعلام این دستوردیگر فردبی گناهی مسئول عمل گناه کاری نگردید .

استقراراین اصل اساسی که هرفردی مسئول عمل خود باشد بتمام معنی موافق وملایم باعدل وعقل ومصلحت اجتماعی میباشد .

لکن چون اصل مزبور بطوراطلاق نمیتواند موافق بامصلحت وعدالت اجتماعی باشد باقتضای حکمت ومصلحت دارای مستثنیاتی است که نوع آن مستثنیات بعلت

تعارض دومصلحت رعایت الاهم فالاهم میباشد .

همان مستثنیات است که درقوانین عصری قسمت مستقلی راتشکیل داده چنانچه قانون موجبات‌وعقود لبنانی که مشتمل برزبده ترین نظریات علمای حقوق عصری اسلامی واروپائی است .

والمجله فصل مستقلی درباب مستثنیات‌ازقاعده مزبورمقررداشته که اینک‌اهم آزموارد ذکرمیشود .

درماده ۱۲۵ قانون‌مزبورتصریح شده باینکه بطور حتم در مواردی شخص مسئول نتایج حاصله ازاعمال شخص یااشخاصی‌دیگرخواهدبود وآن موارد محدود ومحصورباولاد قاصروشاگرد وخدمه شخص میباشد .

بنا براین اصول واولیاء مسئول اعمال مضره صادره ازهراولاد قاصری میباشند که تحت ولایت وسرپرستی آنها هستند .

معلمین وارباب صنائع مسئول هرخسارتی میباشند که ازطرف شاگردان آنها بشخص یااشخاص‌واردمی‌شود .

اشخاص نامبرده مسئول اعمال دیگران میباشند مگرآنکه ثابت شود که ولایت واداره‌آنها تحت اختیار وتسلط آنان نبوده است . ماده ۱۲۶

ونیزدرماده ۱۲۷ قانون مزبورمقررشده مخدومین مسئول اعمال مضره‌خدمه خود که درحین انجام خدمت مرتکب میشوند میباشندبشرط آنکه مختار ومسلط در اداره‌آنها باشند .

این مستثنیات بطور کلی خارج ازحدود قاعده مسئولیت فردی نیست بلکه میتوان گفت مسئولیت اصول واولیاء صغارومعلمین وارباب صنایع ومخدومین از باب عدم مراقبت لازمی که باید دراداره‌امورمسئولین خودشان بنمایند بوجودآمده دراینصورت مسئولیت آنان ازجهت تقصیری است که درانجام وظیفه نموده‌اند .

# مستثنیات از اصل مسئولیت محلی در شرع اسلام

در این اصل موارد استثنائی هم در شریعت اسلام دارد لکن دائره مستثنیات در شریعت اسلام از اصل مذکور محدود تر از دائره مستثنیات در قوانین جدید میباشد این محدودیت باعتقاد ما در این مورد و موارد دیگر اختلاف و تباین نتیجه اصلاحات حاصله بحسب مقتضیات زمان و مکان و اوضاع اجتماعی است اگر اوضاع اقتصادی و اجتماعی عرب ومسلمین را در ابتدای اسلام که کارخانه و کارگر بوده بازمان حاضر که در هریك از کارخانه‌های صنعتی و تجارتی صدها بلکه هزارها کارگر تحت سلطه و اولیاء امر کارفرمایان قرار گرفته مقایسه نمائیم معلوم خواهد شد که درحال حاضر بیشتر بمسئولیت کارفرمایان درمقابل اعمال کارگرانی که تحت اختیار آنها میباشند باید توجه شود.

لکن در اینجا نیز ناچار از اشاره بمطلبی که در موارد عدیده آنرا باثبات رساندیم میباشیم.

که شریعت اسلام مشتمل بر مبادی و قواعد کلی است که صالح وقابل تحول با هر مدنیت و اجتماعی میباشد که بمقتضای حاجات اجتماعی قوانین اسلامی حکومت نموده و آن اجتماعات را رهبری می نماید و اسلام همواره با سیر تکامل قوانین بامقتضای هر عصر و زمان و مکانی مساعد است.

آیا کسی در مسئله مورد بحث میتواند منکر حدیث شریف ذیل شود کلّکم راع و کلّکم مسئول عن رعیته الانام راع و مسئول عن رعیته والرجل راع و مسئول عن رعیته شود.

آیا آنچه را از مسئولیت افراد درمقابل اعمال دیگران در قوانین جدید ذکر شد آن حدیث حکیمانه مؤیّد نیست.

# مسئولیت اعمال صغار و کسانیکه در حکم صغار میباشند در قوانین جدید

آنچه در فصول سابق ذکر شد متعلق بمسئولیت فردی یا مسئولیت شخصی

نسبت باعمال دیگران بود که عامل عاقل بالغ بودند لکن عاملین دیگری هستند که اعمالی مرتکب میشوند بدون اینکه نفع وضرریا خیروشراعمال خود را درك نمایندمانندصغارومجانین وسفها ایندسته ازمردم محجورمیباشند بعضی از آنهاممنوع از تصرفات قولیه هستند چنانچه بحث آن درباب اهلیت تعاقد خواهد آمد لکن حکم اعمال مضره آنها درتصرفات فعلیّه چه میشود آیا ضرر حاصله از اعمال آنهاباید از مال خودآنهاجبران بشود یا ولیّ قانونی آنهامسئول وضامن ضرر حاصله از اعمال آنها میباشند .

مقررات قوانین موجوده درپاسخ این سئوالات مختلف است و این اختلاف در قوانین ما را مجبورمیکند که رجوع کنیم بموضوع خطاءجرمی که آیاازشرائط تحقق ضمان است یا خیر.

اگر تخطی شرط تحقق مسئولیت جرمی باشد حتما شرط اثبات تخطی تمیز و ادراك عامل است زیرا تصور نمیشود تعمد در خطاء واضراردر کسیکه دارای تصور وتمیز نباشد و لذا در قوانین عصری در مسائل خطاء جرمی نظریه علمای حقوق برعدم مسئولیت غیرممیّز و مجنون و کسانیکه درحکم اینها هستند میباشدلکن از ازاین اشتراط اشکالی بوجود میآید وآن تضییع حق متضرر است و رفع این اشکال درقوانین جدید شده است زیرااولیاء و اوصیاءآنها مسئول وضامن اعمال آنها میباشند چنانچه قبلا گذشت علاوه ماده ۱۲۲ قانون لبنانی فاقد اهلیّت را مسئول اعمال مضره خودکه از روی ادراك مرتکبْ شده باشد میداند . زیرا چنین مقرر شده که اگراضرار از طرف شخص غیرممیز صادرشود نمیتواند متضرربرای جبران ضرربمحافظیاولی اورجوع کندبلکه قاضی میتواند علیه فاعل مضرّ بجبران خسارت عادلانه حکم دهد .

## مقررات شریعت اسلام درباب

شریعت اسلام دراشتراط خطاءجرمی در تحقق مسئولیت وضمان برای قاصرین

بیند ونظریه فوق رأی ثالثی اختیار نموده وآن تفصیلی است که بین احوال مباشرت وتسبیب وارد شده است .

فقها دراحوال مباشرت تبعیت نموده اندازاین قاعده که مباشر ضامن است ولو تعمد نداشته باشد ـ چنانچه در جنایات واقعه برنفوس ذکر شد قاصرین و کسانیکه در حکم قاصر هستند درجنایاتی که بر نفوس واقع میشود قصاص بر آنها واجب نیست ودیه جنایات آنها هم برعهده عاقله است و ازاموال آنها داده میشود .

اما در اتلاف اموال قاصر چون مباشرت در عمل اضراری کرده ضامن و مسئول است و جبران خسارت متضرر از اموال آنها میشود و ولی او مسئولیتی ندارد چنانچه ماده ۹۱۶ المجله مصرح است که اگر صغیری مال دیگری را تلف کند واجب است خسارت آنرا ازمال اوبدهند واگر صغیر دارای مالی نباشد موکول میشود بهنگام قدرت اوو ولی طفل ضامن نیست .

بنابراین اگر طفل صغیر مباشرت دراتلاف مال دیگری کند اعم ازاینکه ممیز باشد، یا نباشد ضامن است وجبران ضرر متضرر ازمال اومیشود طبیعی است این حکم ازباب قیاس شامل میشود کسانی را که در حکم صغیر میباشد ازمجانین وسفها واین قول مقبول اکثریت فقها میباشد مگر عده قلیلی که در آن تردید نموده‌اند از فقهای مالکی،

بنابراین آنچه ذکر شدازصغیر ومجنون وسفیه بعبارت المجله ذاتا محجور میباشند. بااینکه تصرفات قولی آنها معتبر نیست ولی درتصرفات فعلی که موجب اضرار وخسار شوند ضامن میباشند .

ازآنچه گفته شد مستفاد میشود که دراحوال مباشرت تعمد شرط تحقق ضمان نمیباشد بخلاف اضرار تسبیبی که تعمدشرط تحقق مسئولیت وضمان است وتعمدهم ملازم تمیز وادراك میباشد با اینکه فقها تصریح باین مطلب نکردند لکن این اصل مستفاد از قاعده کلیه‌ایست که المسبب لایضمن الابالتعمد مضافاً بآنچه ذکر شد

امثله‌ای هم در کتب فقه اسلامی میباشد که تأییدمیکنداین اصل رامثل اینکه درمبسوط ذکر شده که اگر طفلی سوار بر استری باشددراین حال دیگری راپایمال کرده وبکشداگر آن طفل عادتاً قادر بنگاهداری استر باشد دیه‌قتل باعاقله طفل است ودرصورتیکه طفل عادتاً قادر بنگاهداری استر نباشد خون کشته شده‌هدراست بعبارت دیگر درحالت دوم ضمان برطفل واجب نیست زیرا قادر بنگاهداری استر نبوده وفاقد تمیز وتصورلازم بوده وبهمین جهت تعمد که ملاك ضمان دراضرار تسببی است موجود نبوده .

## معنی تمیز وادراك

درمعنی تمیز وادراك درمذهب وقوانین اختلاف است دربعضی مذاهب وقوانین سن تمیز راهفت سال معتبر دانسته‌اند ودربعضی قوانین سن تمیز رابتشخیص قاضی موکول نموده‌انددرهرصورت بیان تفصیلی آن درباب اهلیّت درفصول عقودخواهدآمد .

## اکراه

از مباحث فقهی که متعلق بابواب متعدد فقهی است ومنحصربباب واحدی نیست بحث دراکراه است واکراه ربط کامل بتصرفات قولی وفعلی دارد .

ولذا بحث تفصیلی ازتعریف اکراه وشروط واحکام آنرامو کول بباب عقود مینمائیم ودراینجا اکتفا میشود باحکام اکراه آن مقداری که مربوط بتصرفات فعلی میباشد طور کلی مراد ازاکراه اجبارشخصی است بانجام عملی بدون حق ورضایت عامل طبق ماده ۹۴۸ المجله اکراه نزدفقهای حنفی بردوقسم است .

قسم اول اکراه ملجأ است که عبارت ازضرب شدیدی است که منجر بفوت شخص یاقطع عضوی ازاوشود .

قسم دوم اکراه غیرملجأ است که موجب ناراحتی فکرشود مانندضرب خفیف یا حبس فائده این تقسیم درمذهب حنفی اینست که اکراه ملجأ بتنهائی موجب نفی ضمان ازمکره میشود .

چنانچه ماده ۱۰۰۷ المجله تصریح کرده باینکه اگر کسی بدیگری بگوید مال کسی راتلف کن و گرنه تو را میکشم یادستت راقطع میکنم مخاطب آنمال را را تلف کند این اکراه درعدم ضمان معتبر ومؤثر است وضمان اتلاف برمجیز است لکن اگرعامل اتلاف رابضرب یاحبس تهدید کند وعامل مال غیرراتلف نماید دراین مورد متلف مباشرضامن است بنابراین بمذهب فقهای حنفی اکراه ملجأ یا تام نافی ضمان است ومکره بمنزله آلت اجرای امرمجیز میباشد ولی اکراه ناقص یاغیرملجأ که مأموربکلی مسلوب الاختیارنیست مؤثر دردفع ضمان نمیباشد .

وهمچنین است حکم ضمان دراکراه نزدفقهای شافعی که گفته اند ضمان برعهده آمراست بتنهائی .

امّا بمذهب مالکی ضمان برعهده مکره است مگر در صورتیکه مکره مصدوم باشد که دراین صورت ضمان برعهده آمر ومکره است ولکن بنابرأی مختاردر مذهب فقهای مالکی ضمان برعهده آمر ومامور مکره متفقاً میباشد امادرمذهب ظاهری ضمان برعهده مامورمکره بتنهائی میباشد زیرا بنابراین مذهب اکراه مبیح افساد مال نمیشود این حکم اکراه دراتلاف مال درمذاهب اسلامی امااکراه درجنایات بر نفس حکم آن سابقاً گذشت .

## حکم آمر

ازبحث اکراه دراین فصل تنهامنظور آن نیست که احیاناً سبب مسئولیت وضمان مکره ازعمل غیرمیشود بلکه درجهت دیگر که در نهایت اهمیت است اکراه در آن فصل مورد بحث خواهدبودو آن بحث درآمراست .

آمر کسی است که دیگری را مامور بانجام عملی درملك خود یاملك غیر مینماید اگرعمل مامور درملك آمر انجام شود امر اذن صریح مالك است ولذامأمور

مسئول وضامن نیست .

واگرعمل مامور درملك غیرانجام شود امر اصولاً دارای اثر نبوده زیرا امر بتصرف درملك غیر باطل است لذا از قواعد کلی در کتاب اشتباه و نظائر است **ان الامر لایضمن بالامر** و نیز شبیه باین‌مضمون‌قاعده‌مذکوردرالمجله‌است‌ماده۸۹ **یضاف‌الفعل‌الی الفاعل لاالامر وان یکن‌مجبزاً** معنی این دوقاعده اینست که‌اگر کسی‌امر کنددیگری رابااینکه‌عملی‌انجام‌بدهدبدون‌اینکه‌اکراه‌واجباری‌دربین‌باشد فاعل منفرداً مسئول‌نتایج حاصله ازعمل‌میباشد مثل اینکه کسی‌امر کند بمردرشید وعاقلی که کسی رابقتل رساند یاآنکه جامه‌اورا آتش بزند ضمان عمل برعامل است وآمرمسئولیتی نداردولواینکه دراین فرض شخص‌آمرهم متضررشده باشدبایدمامور ازعهد ضرر آمربرآید .

مثل اینکه دربعض کتب فقه حنفی آمده که اکر کسی امر کند بمردی که سنگی را درشارع عام‌قراردهد پس ازاجرای امراتفاقاً آمربا آن سنگ برخورد کند ومتضررشود ضمان‌ضرر برمأموراست زیرا امراگرمقرون‌باکراه واجبارنباشدتأثیری دراختیاروارادهٔ‌مامور نداردومأموراگرمرتکب‌عمل‌خلاف‌شودباالطوع‌والاختیاربوده‌و در این مـأمور مسئول است ازباب مباشرت برعمل وفـق قاعـده تقدیم مباشر برسبب .

طبیعی‌است مسئولیت آمراگرامراومقرون‌باکراه واجبارباشد وعلاوه برحال اکراه مواردِاستثنائی‌هم درشریعت اسلام یافت میشود که شخص مسئول عمـل غیر میباشد بسبب امرشبیه باکراه یابسبب امرعادی یااسباب دیگروواهم این مستثنیات امرپادشاه‌ومسئولیتی‌است که‌دولت‌درمقابل‌اعمال‌کارمندان‌داردو کذاجنایت‌بنده‌وطفل صغیرواجیرمامور که حکم هریك دراین موارد بطورمختصربیان خواهدشد.

## امر پادشاه و مسئولیت دولت اعمال کارمندان خودرا

امر پادشاه امری است که واجب است اطاعت وامتثال آن واگر مامور بترسد از عدم امتثال امر بمنزله اکراه است وحکم آن حکم مامورمکره میباشد .

چنانچه‌سیوطی وشافعی گفته‌اگر بکشد جلاد کسی را بحکم امام درحالی که مقتول مظلوم بوده ضمان قتل برعهده حاکم می‌باشد وجلاد مسئولیتی نـدارد این رأی بامذهب‌شافعی هم موافق است‌چنانچه‌قبلا ملاحظه‌شدولذادولت درمقابل‌اعمال کارمندان خود مسئول است ولواینکه امرواکراهی درانجام عمل عمّال درکارنباشد چنانچه روایت شدم که ابابکروعمربن عبدالعزیزضررحاصله ازاعمال موظفین را از بیت المال پرداخت میکردند .

ابویوسف روایت کرده که مردی پیش خلیفه عمربن عبد العزیز آمد و گفت لشکری ازاهل‌شام زراعت مرا فاسد کرده عمربن عبدالعزیزده هزاردرهـم خسارت آن مردرا پرداخت .

لکن دیگران بااین حکم مخالف هستند درمسئله جنایت عمّال دولت‌روایتی ازعمربن خطاب رسیده باینکه خسارت را ازعمّال میگرفت ومیگفت مـن دستور تجاوز وتعدّی بعمّال خـود ندادم ولذا هر عمل خلافی که مرتکب شونـد شخصاً مسئول میباشند .

## صبی مامور

در کتب حنفی بخصوص مسطوراست که اگرمردی بفرزند نابالغ خود امـر کندآتش درزمین خودش روشن نمایدآتش اززمین آمر تجاوز کند بزمین همسایه و جنس اورا بسوزاندپدر که‌آمر بوده ضامن‌است‌زیرا امر پدررافرزنداجرا نموده‌بنابراین مسئولیت عمل منتقل بآمر میشود .

باعتقاد من سبب مسئولیت وضمان پدراینست که امر پدر بمنزله اکراه معنوی است برفرزند چون امر پدر برفرزند واجب الاطاعة ومحترم است بنابراین برفرزند واجب است امتثال آن قبلا گفته شد که درشرع اسلام برخلاف قانون لبنانی مسئولیت وضمان خطاء جرمی صبی برعهده خود اواست ونباید اربابش جبران نماید لکن اگر صبی مامور باشد ازاین اصل مستثنی خواهد بود .

بنا براین قاعده درمذهب حنفی آنست که صبی مامور اگر تلف نماید مال غیر را ضامن ضرر خود صبی است لکن پس ازپرداخت ضرر حق رجوع بآمر را دارد زیرا آمر مسئول عمل صبی مضر میباشد چون امر او بقیاس شبیه باکراه است .

مثل اینکه اگر کسی صبی راامر کند که براو آتش بیاورد دراثنا اجرای امر آتش ازدست آن طفل بیافتد ومال غیری آتش گرفته بسوزد طفل آورنده آتش مسئول است ولکن حق رجوع بآمر را دارد بآنچه ضامن میباشد .

وهمچنین اگر مامور شود طفل بکشتن کسی یااتلاف مالی ضمان برعهده عاقله مأمور است ودرفرض اخیر ضمان برعهده صغیر است که باید ازمالش پرداخت شود و درهریك ازفروض حق رجوع بآمر را دارد ولکن حق رجوع بآمر مشروط بر آنست که آمر ربط اتّصالی باتلاف داشته باشد ولی اگر اتلاف مستقیما مربوط بآمر نباشد بلکه فاصله بین آنها بوده باشد حق رجوع ساقط میشود مثل اینکه کسی امر کند صبی مدرك قادری را براینکه بگیرد حیوانی راآن صبی حیوانرا گرفته ببرد و حیوان لگد بعابری بزند وبقتل برساند دراین صورت صبی حق رجوع بآمر را ندارد زیرا امر گرفتن حیوان صادرشده لکن لگد زدن حیوان وقتل مستقیماً مربوط بآمر نیست .

## حکم اجیر مامور

اگر اجیر مرتکب جنایت باتلاف مالی بامر مستاجر بشود آیا اجیر مامور ضامن

است یامستاجر آمر جواب بطور کلی اینست که اجیر مأمور ضامن است لکن حق رجوع بآنچه ضامن شده برمستاجر آمردارد اگرماموریاجراء عملی باشد که علم بحرمت نداشته باشد مثل اینکه اجیرازطرف مستاجرماموردذبح گوسفندی یاخراب کردن دیواری که مال غیر آمراست بشود لکن اجیر نداند که گوسفندیادیوارمتعلق بغیراست دراین صورت اجیرضامن اتلاف است لکن حق رجوع بمستاجررا دارد و نیزاگراجیر کند کسی مردی را برای اینکه چاهی درشارع خصوصی حفرنماید بمنظوری که دارد اتفاقا کسی در آن چاه ساقط شود وبمیرد ضمان با مستاجر است لکن اگردرشارع عمومی ماموربحفرچاه شود و اجیرهم عالم بموضوع باشد در اینصورت اجیرمأمورضامن است .

وهمچنین است اگر کسی امر کند اجیرش‌را بریختن آب برای‌تخریب‌دکان مستاجر آنچه خسارت دراثرریختن آب وارد شود بعهده مستاجر است ولی اگر خسارتی خارج ازحدود امر باجیروارد‌شود بعهده اجیراست .

درتمام این امثله وامثال اینها ضمان بعهده‌آمر است زیرا اواست که ازعمل اجیرمنتفع میشود طبق قاعده الغرم بالغنم بنا براین اگر کسی امر کند دیگری‌را که وضوبگیرد درشارع وعابری از آب وضومتضررشود ضمان ضرر حاصله برعهده وضو گیرنده است زیرانفع وضوبرای وضوگیرنده است وبرآمر چیزی‌نیست‌چون ازوضومنتفع نمیشود .

امثله دیگری یافت میشود که سبب‌تضمین آمر در آن امثله عدم معرفت‌اجیر یاعدم اطلاع اوست مثلا اگراجیرازطرف‌مستأجرمامورحفرچاهی درمعبرعام بدون اجازه حاکم بشود وپس ازحفر کسی در آن چاه افتاده‌بمیرد بمقتضای قیاس ضمان برعهده اجیراست ولکن ابویوسف گفته بحکم استحسان ضمان بعهده عاقله اجیر است که مستأجرمیباشد بواسطه عدم علم اجیر بموضوع وبهمین معنی است نیزاگر امر کند کسی کارگری را برای بنای دکان یا اخراج کشتی از آب وامثال این نوع

ازاعمال وپس ازفراغ ماموراز عمل درنتیجه آن اعمال کسی هلاك شود بحکم استحسان ضمان بر آمر است

مسئولیت اعمال کارگران ارباب صنایع بعهده استاد صنعت است .

دراین صورت آنچه اجیر ارباب صنایع تلف نماید ضمان تلف بعهده صاحب صنعت است مگر اجیر تعمد دراتلاف وافساد کرده باشد که دراین فرض ضمان تلف شده بعهده اجیراست .

درهرصورت از آنچه گذشت معلوم شد درشریعت اسلام مسئولیت فردی مقرر است ودارای مستثنیاتی هم اصل مزبور میباشد که اهم آن مواردی است که ذکر شد وهمواره دراحوال اکراه وامرسلطان وشبه اکراه وخیانت صبی و احوال اجیـری که عمل بامرمستاجر میکند درحالی که علم بحرمت آن ندارد ضمانی وجودندارد .

# فصل دوم

# تبعات حاصله از فعل حیوان

## جنایت حیوان

برای هریك ازاشخاص واشیاء که دونوع هستند احکام قانونی مخصوصی میباشد اشخاص اعم ازشخصیت فردی یاحقوقی مانند شرکتها ودول وامثال اینها مستقیما صاحب حق میشوند ومورد تکلیف قرارمیگیرند.

اما اشیاء تصورنمیشود که دارای حقی بشوند یاآنکه تکلیفی متوجه آنها گردد بلکه مورد حق وموضوع تکلیف اشخاص قرارمیگیرند.

حیوانات وبهائم قسمتی ازاشیاء میباشند وطبیعی است که نه اکتساب حقی میکنند ونه آنکه متحمل بتکلیفی هستند این اصل ازاصول بدیهی است که قابل تردید نیست.

گرچه دربعض قوانین قدیم است که این اصل بدیهی را نقض میکردند ودر شریعت موسوی وغیرآن مقرراتی راجع بمحاکمه حیوانات درصورتی که نفس یا شیئی راتلف میکردند بوده که مانند انسان مجرم آنها رامحاکمه مینمودند.

باین منظورمقرراتی درزمان قدیم بوده که اگر گاوی با شاخ حمله بمرد یا زنی میکرد واورامیکشت باتشریفاتی گاوسکنسارمیشد و گوشت اوراهم نمیخوردند

واگر پسر یا دختر با بچه راهم میکشت مشمول همین حکم بود .

همچنین درقوانین افلاطون است که اگر چهارپا یاحیوان دیگری سبب مرگ کسی میشد صاحبان دم آن حیوان را درخارج شهر بمحاکمه دعوت میکردند پس ازمحاکمه آنرا ذبح مینمودند وجسد آنرا درخارج ازحدود شهرمیانداختند لکن این مقررات دوام پیدانکرد ودرشریعت اسلام وسایرقوانین‌وشرایع حیوانات جزء اشیاء واموال محسوب‌میباشند ومسئولیتی نمیتواند متوجه‌آنها باشد وحقی‌هم‌برای آنها تصورنمیشود مگر آنکه دربعض مواردصاحب وحافظ آنها مسئول خسارات ناشیه ازناحیه‌آنها میباشند .

بعضی هم برای حیوانات حقوقی قائل هستند چنانچه جمعیت طرفداران حیوانات درحال حاضرمدعی حقوقی برای حیوانات هستند .

در نظر اول چنین تصورمیشود که عقیده طرفداران حیوانات مخالف با اصل بدیهی است که حیوانات دارای تکلیف ومسئولیتی نمیتوانند باشند لکن این نظر ابتدائی است وباتوجه‌بمطلب‌واصل‌موضوع عکس این‌نظریه استفاده میشود وحقیقت موافق بااصل‌بدیهی‌مذکوراست‌اینك‌بیان‌مطلب .

شکی نیست دراینکه بیشترقوانین جدید دردنیا اعمال قساوت انسان را با حیوانات منع کردند وعامل‌آنرا مورد تحقیر ومجازات قرارمیدهند ولکن این موضوع اثبات حقی برای حیوان نمیکند این حق متعلق باجتماع است که فردی مرتکب اعمال‌زشت ووحشیانه نسبت بحیوانات نشود وشبیه باین موضوع است.

آنچه درشریعت اسلام‌آمده که جائزنیست کسی بصورت حیوان بزند ونباید حیوانرا بی‌پا ودست کند وقاضی حق دارد اعمال قساوت را نسبت بحیوانات منع کند وعامل آنرا تعزیرنماید وروایت شده ازعمربن خطاب که تنبیه میکرد کسی را که حمل کند بر حیوان زائد برطاقت آن این دستورات شریعت اسلام حاکی از امتزاجی است که بین دین و اخلاق و فقه درشریعت‌مقدس‌اسلام میباشد .

# جبران خسارات ناشیه از حیوانات در نظر علمای حقوق عصر

پس از اثبات نفی تکلیف از حیوانات ناچار از نظر در مسئله ضمان صاحب وحافظ آنها نسبت بخسارات ناشیه از آنها میباشیم اگر ثابت شود خطاء و تجاوز حیوانات بآنمعنی که قبلا از خطاء شد صاحب وحافظ حیوان مسئول خسارات ناشیه از حیوانات میباشند .

و در بعض قوانین تخطی را شرط ضمان نمیدانند چنانچه قانون فرانسه چنین مقرر داشته که صاحب حیوان یا کسیکه حیوان در تحت تصرف اوست مسئول خسارات ناشیه ازحیوان میباشد .

اعم ازاینکه حیوان درحراست اوباشد یا آنکه فرار کرده باشد یا گم شده باشد وبهمین مضمون ماده ۱۲۹ قانون موجبات وعقودلبنانی مصرح است که صاحب حیوان مسئول خسارات ناشیه ازحیوان میباشد ولواینکه گم شده باشد یا فرار کرده باشد .

بطوریکه ملاحظه میشود مسئولیت حافظ ومالك درقوانین مذکورمادی محض است وضمان حاصله مشروط بخطاء نمیباشد بااینکه نظریه مزبورمبتنی بر لزوم و دعوت برحراست مالك وحافظ میباشد ودرهرصورت فرض تخطی حافظ ومالك در حراست حیوانات میشود مگردرمواردی که ثابت شود خسارت ناشیه از حیوان در اثرقوّه قاهره بوده باشد ولذا درماده ۲۹ قانون لبنانی تصریح شده باینکه مسئولیت خسارات ناشیه ازحیوانات بعهده مالك یاحارس آنهااست مگردرصورتیکه دلیل اقامه شود براینکه سبب ارتکاب خطاء وضررقوّه قاهره بوده است .

وبعبارت دیگرمسئولیت جرمی ناشی ازحیوانات یاجوامد چنانچه درفصل آینده ملاحظه خواهد شد درقانون لبنانی مبتنی استِ بروحوب حراست مالك و حافظ آنها و مادامی که ثابت نشود خسارات ناشیه از آنها در اثر قوه قاهره بوده که ازاختیارحارس خارج بوده است وبهرصورت که باشد حافظ مسئول است .

## مقررات شریعت اسلام

**خیانة العجما جبار** یکی ازقواعد کلی درفقه اسلامی است که درمجـامع الحقایق وماده ۹٤ المجله مصرح است عجماء حیواناتی هستند کـه قـادر بتکلم نمیباشندجبار بمعنی هدراست بنابراین معنی قاعده این است که جنایت حیوان بدون ضمان باشد قاعده مزبورمتخذ ازحدیث شریف العجما جباراوجرحها جبار واین حـدیث صحیحی است که در صحیحین وبخاری ومسند ابن حنبل و در مصـابیح السنه ودرکبیرطبرانی وسایر کتب حدیث از کتب معتبره نقل شده وما برخورد نکردیم بکسیکه تردید درصحت وقبول داشته باشد .

لکن عمل باطلاق قاعده مزبور درشرع اسلام سزاوارنیست زیرا اقتضای آن عدم ضمان جنایت حیوان‌در شرع‌اسلام میباشدبلکه‌قاعده‌مزبورمخصوص بحالات‌عدم تعدّی‌وتعمدّ حافظ‌حیوان‌است.

بآنمعنی که‌قبلا ذکر شد وسزاوار است‌بقاعده مزبور اضافه شود که خسارت ناشیه ازحیوانات مانند افعال مضره انسانی‌است ومسئولیت وضمان آن‌مشروط‌بوجود تعدّی‌وتخطی میباشد ودرخیلی مواردضررحاصله ازحیوانات اضرارتسببیی‌است .

این‌معنی‌حاکی‌است ازلزوم شروط عامه‌درمسئولیت جرمی دراضرارحیوانات بنابراین اصل عدم ضمان در جنایات حیوانات است و مثل اینست که گفته شد اصل‌عدم‌ضمان درجنایات انسان‌میباشد واگردربعض مسائل درتحقیقات فقهای‌حنفی وبعض متأخرین خلاف آنچه گفته شدمشاهده شودبیشتر ازمذاهب وفقهانظریه مارا تائیدمیکنندواینك‌تکـرارمیکنیم آنچه‌درمباحث‌قبل‌ثابت‌نمودیم که آنچه‌اختلاف‌بین مذاهب اسلامی درمسائل فرعیه درجنایت‌حیوانات ملاحظـه میشود عیناً نمونه‌همان اختلافاتی است که در بعض مسائل فرعیه وقضایای دیگر دیده شده‌وشبیه‌باختلافـات اجتهادی محاکم‌است .

ودر حال حاضر خلاف اصولی در بین نیست و برای آنکه گفتار ما حمل بمبالغه نشود ناچار از اشاره به بعض ادلّه‌ای که قبلا اشاره کردیم میباشیم حدیث شریف است اگر کسی وقف کند چهارپائی را به طریقی از طرق مسلمین یابازاری از بازارهای مسلمانان چنانچه آن حیوان آزاری بدست یاپای کسی برساندواقف ضامن است .

روایت شده که نبی اکرم (ص) قضاوت فرمود بر صاحبان اموال که آنها رادرروز حفظ نمایندو بر صاحبان مواشی که درشب حراست آنهارا بنمایند .

بنابراین آنچه ذکر شد قاعده العجماء جبار قاعده‌ای است ازقواعد بانظر باحادیث دیگر وحاصل قاعده مزبورشامل میشود آنچه که شافعی گفته که خسارات ناشیه ازبهائم درمواردی موجب ضمان است ودرمواردی موجب ضمان نیست آن مواردی که حفظ وحراست آنهاباختیار حافظ بوده ضمان آوراست و آن مواردی که دراختیار حافظ نبوده ضمان آورنیست مضافاً باینکه کلمه عجمارا فقهای حنفی درقاعده مزبور تفسیر نمودند بحیوانات ویلان وبلاصاحب چنانچه بحث دراین مطلب بتفصیل خواهدآمد از آنچه بیان شد وامثال آنهامعلوم میشود اصل درشریعت اسلام درخسارات ناشیه ازحیوانات ضمان است بشروط مقرره ودرصورت نبودن شروط عدم ضمان است .

بنابراین انطباق قاعده بامواردی که واجب است بر حافظ حیوان وصاحب آن ومواردی که واجب نیست میدان وسیعی برای استنباط واجتهادات ولکن این اختلاف درمبناواساس قاعده نیست بلکه اختلاف درتطبیق مصادیق میباشد .

# شروط مسئولیت خسارات ناشیه
# از حیوانات

مرادازجنایت حیوان دراصطلاح فقهاهرخسارتی است که ناشی‌ازحیوان‌نسبت بنفس یامال دیگری باشد مانیز بهمین معنی جنایت حیوان را استعمال‌میکنیم واماشروط مسئولیت صاحب حیوان ازخسارات ناشیه ازحیوان همان شروطی‌میباشد که‌درمسئولیت انسان درافعال مضره ذکرشد .

بنابراین‌درخسارت ناشیه‌ازحیوانات‌وجودعمل مضرّوتعدی‌وتعمدوربط‌مباشرت وتسبیب وتعمد دراضرار تسبیبی ملاك ضمان حافظ وحارس حیوانات میباشد وضرر نداردبیان تطبیق وشروط آن‌بشود .

## اولاعمل مضردرخسارات حیوانات

پرواضح است‌اگر خسارتی ازحیوانی ناشی‌شود ضمانی‌هم نیست لکن درعمل حیوان اگرضرر حاصله بدون مجوّزوحق باشد تعدی محسوب است وصاحب آن ضامن است .

ماده ۹۳۰ المجله مصرح است‌که اگر حیوانی درملك صاحب خود بوسیله دست‌یاپایاانیاب خودبکسی‌ضرروارد آوردصاحب‌حیوان‌مسئول وضامن‌خسارت‌نیست.

وهمچنین بموجب ماده مزبوراگر حیوانی باذن صاحب‌ملك داخل درملك دیگری‌شودوضرری وارد آورد صاحب‌حیوان ضامن‌خسارات‌وارده‌نیست واگرصاحب حیوان‌آنرا بدون اذن صاحب‌ملك داخل ملك‌او کند ضامن‌خسارات وارده ازطرف حیوان میباشد دراین‌فروض فرق‌نیست دراینکه صاحب‌حیوان سواربراوباشدیانباشد ناظربرحیوان باشد یانباشد.

ماده ۹۳۸ المجله نیزمصرح است‌اگرکسی چهارپای خود رادرملك‌خودبسته

باشدودیگری بدون اذن صاحب ملك حیوان دیگری را در آن ببندد پس تلف کند حیوان صاحب ملك حیوان دیگر را صاحب حیوان ضامن نیست و اگر بعکس اتفاق افتد صاحب حیوان غیرمجاز مسئول وضامن است .

## مباشرت و تسبیب در خسارات ناشیه از حیوانات

تسبیب ومباشرت در حیوانات نسبت بصاحبان وحارسان آنها معتبر است وهمینطور است قصد معتبر درخطاء وعدم تحرز .

مؤلف محترم توضیحات و امثله‌ای از المجله وسایر کتب فقهی عامه نقل فرموده که بواسطه وضوح مطلب ازبیان وترجمه آنها صرف نظر میشود .

# فصل سوم

## خسارات ناشیه از جوامد قاعده کلی

در فصل گذشته بحث درخسارات ناشیه ازحیوانات و اختـلاف نظری که بین قوانین جدید وفقه‌اسلامی موجوداست بود اینك بطور کلی بحث درخسارات‌ناشیه‌از اشیاء جامده میباشد .

درقوانین جدید نسبت بخسارات ناشیه ازجوامد پیروی از نظریه مخاطره نموده‌اند ولذا درمسئولیت‌خسارات ناشیه ازجوامد اثبات‌خطاء را شرط ندانسته‌اند بنابر این حافظ اشیاء جامده مسئول خساراتی است که ناشی از آنها است مثلادر قانون موجبات وعقود لبنانی مصرح است باینکه حافظ اشیاء منقول و غیر منقول مسئول‌خسارات ناشیه‌ازآنها نسبت بغیرمیباشد حتی در اوقاتی‌هم که تحت اداره و مراقبت فعلی او نباشد مانند اتومبیل هنگام حرکت و طیّاره هنگام طیران و آسانسور هنگام استعمال آن و این حکم وضعی است که زوال آن منحصر باثبات وجود قوه قاهره یا خطاء متضرر می‌باشد لکن عدم ارتکاب‌خطاء از طرف‌حافظ مزیل‌حکم نیست .

درقوانین انگلیسی این قاعده حکومت میکند دراشیاء خطرناك واین قاعده دراصطلاح علمای حقوق انگلستان سابقه را مـلاتوس وفلانشر معـروف است اصل حکم آن‌درسال۱۸۶۸ازمحاکم عالی صادرشده وپس ازآن قاعده ویلتای کلی گردیده

گه‌هر کس درملك خود اشیاء خطری بگذارد مسئول خسارات ناشیه از آن میباشد ولو اینکه حافظ آن غفلت ازحراست نکرده باشد .

اما در شریعت اسلام مبنای ضرر ناشی از جوامد بنحوی که در قوانین عصر است نمیباشد .

بلکه خسارات ناشیه از جوامد درحالت تسبیب باشروطی که گذشت درضمان حافظ ومالك معتبر است چنانچه درخسارات ناشیه ازحیوانات حدیث شریفی که مستند فقه اسلامی است نقل شده که العجماء جبار والبر جبار والمعدن جبار ازامثله این قاعده وحدیث است اینکه اگر کسی چاهی حفر نماید . یا معدنی بکند درمحل مجازی درچاه ومعدن مـزبور کسی سقوط نموده هلاك شود حافر چاه و معدن ضـامن و مسئول نمیباشد و همچنین است اگر کسی دیگری را اجیر نماید برای حفر چاه و اجیر در آن چاه ساقط شده هلاك شود مستاجر ضامن نمیباشد .

در ابواب سابق ازاین قبیل امثله زیاد ملاحظه شد که مربوط بوضع اشیاء در معابر عمومی و خسارات ناشیه از عمل مزبور و راجـع بتصادم دو کشتی و امثال آنها میباشد .

که تکرار آن امثله اقتضا ندارد تمام آن مسائل و امثله که در آنجا ذکر شد از مسائل اضرار تسبیبی است که شروط ضمان تعمد بمعنی خاصی میباشد که ذکر شد .

بنابراین دراینجا اکتفا میشود بتحقیق درمسائل خسارات وارده از دیوار و ابنیه وبعض اشیاء منقوله و آنچه ممکن است باقیاس باین مسائل مخصوص استنباط حکم آنها بشود .

## خسارات ناشیه ازخرابی دیوار وبنا

مالك هر دیوار وبنائی مسئول خسارات ناشیه ازانهدام آنها میباشد درصورتی که

خرابی نتیجه عدم عمران وعیب بنا باشد این اصل را قانون مدنی فرانسه متعرض است و شبیه باین است مقررات شریعت اسلام درفصل دیواری مایل و خسارات ناشیه از آن .

بین فقهای اسلامی خلافی نیست در اینکه اگر کسی دیواری بنا کند که مایل بطرف شارع یا ملك غیر باشد ازحقوق دیگران است لذا مسئول خسارات ناشیه ازخرابی دیوار بنا میباشدمانندآنکه دیواررا ازاول متمایل بنا کرده باشد.

بعضی دیگرازفقها که اکثریت را تشکیل میدهند قول وسطی را اختیار کردند که درصورتی صاحب دیواروبنا ضامن ومسئول خسارات ناشیه است درفرض فوق که اخطارهدم دیواروتمایل وشکست بناباوشده باشد ودرغیر اینصورت ضامن نیست و این از امام علی بن ابیطالب علیه السلام روایت شده ومختارشریح قاضی و نخعی وشیعی و بعضی دیگر از تابعین ائمه میباشد و قائل باین قول میباشند اصحاب مالك بن انس وابن حنبل درقول مختاراما فقهای حنفی این قول را برخلاف قیاس ازباب استحسان قبول نمودند چون بگمان فقهای حنفی برحسب قیاس عدم ضمان است درجمیع احوال که قول اول بود .

اخطاریکه درقول سوم ملاك مسئولیت وضمان است در اصطلاح فقها تقدم نامیده میشود وباصطلاح المجله تنبیه وتوصیه بدفع ضررمحتمل الوقوع قبل ازوقوع آن گفته میشود چنانچه درماده ۸۸۹ المجله چنین تصریح شده اخطاری که ملاك ضمان است مشروط میباشد باینکه از طرف ذیحق یعنی کسیکه متضرر میشود در وقتی که کافی برای هدم باشد صادرشود ونیزشرط است که احتیاطاً اخطاررا درحضور شهود نماید که اگرصاحب دیوارمنکر اخطارشود اثبات آن ممکن باشد .

تفصیل وتوضیح امثله درماده ۹۲۸ المجله است باینکه اگرخراب شود دیوار کسی و منجر بخسارت دیگری شود صاحب دیوارضامن نیست، مگر آنکه دیوارقبلا متمایل وشکسته باشد وذیحق باو اخطارتخریب یا تعمیر کرده باشدو آنقدر ازاخطار

یاخرابی وقت گذشته باشد که صاحب دیوار میتوانسته آنرا خراب کند و توجهی باخطار ذیحق نکرده باشد در اینصورت صاحب دیوار و بنا ضامن میباشد .

لکن اخطار باید ازطرف ذیحق باشد مثل اینکه دیوار متمایل بخانه همسایه یا شارع خاص شده باشد در آن دوفرض باید مالك همسایه یا مالك شارع خاص اخطار نموده باشد وچنانچه شخصی ازخارج اخطار کرده باشد که ذیحق نبوده معتبر نیست لکن اگر دیوار یا بنا متمایل بطرف شارع عمومی شده باشد هر کسی حق اخطار دارد .

اگرحق اخطار محصور بشخص یا اشخاصی باشد پس ازاخطار بصاحب دیوار میتوانند باومهلت بدهند یا اسقاط حق خود را بنمایند لکن اگراخطار حق عمومی باشد مثل تمایل دیوار بشارع عام کسی حق مهلت واسقاط حق راندارد زیرا آن حق متعلق بعموم است .

درهرصورت ضمان وجبران خسارات وارده بعهده صاحب دیوار میباشد و باید جبران ضرر متضرر را بکند لذا متضرر حق اخطار واسقاط و برائت ذمه صاحب دیوار راهم خواهد داشت بنابراین اخطار مستودع و مستعیر و مستأجر مؤثر در وجوب ضمان نیست چون تسلط بر نقض اخطار را ندارد .

درخاتمه درمورد شکاف خوردن دیوار هم اشاره میشود چنانچه درشکاف حاصله بیم سقوط واضرار بغیر میرود درحکم دیوار متمایل است ودرصورت فقدان خوف سقوط واضرار درحکم دیوار صحیح میباشد .

## نظری باقوال ثلاثه درمسئله

اقوالی که درمسئله دیوار متمایل پس از بنای صحیح میباشد قول اول که عدم ضمان صاحب دیوار درجمیع احوال میباشد ضعیف بنظر میرسد چون موافق باعدالت ومصلحت نوعی نیست .

قول دوم که ملاك مسئولیت توصیه واخطار بصاحب دیوار مـایل میباشددر آن تخفیفی درمسئولیت صاحبان ابنیه است زیر اخرابی وسقوط دیوار موجب مسئولیت صاحب آن نمیشود مگر درصورت ثبوت تقصیر تاحدی که اخطار وتوصیه بصاحب دیوار برای جلوگیری ازضرر بشود چون اخطاری که ملاك مسئولیت وضمان قرار میگیرد برای رفع عذر مالك ازجهل متمایل دیوار میباشد

اما قول سوم که مسئولیت وضمان وصاحب دیوار است درجمیع احوال اعم از اینکه اخطار بصاحب دیوار بشود یا نه شدیدترین اقوال مذاهب اسلامی نسبت بصاحبان ابنیه است لازمه این قول توجه کامل صاحبان ابنیه بتکالیف وامورخود میباشد وبنا براین قول تکلیفی برای انتباه وآگاهی مردم بازاله ضرر ناشی ازآنها نیست وقول اخیر نسبت بدیوارمایل وشکسته و ابنیه‌ای که درحکم اینهااست اقرب بنظریه علمای حقوق وقوانین عصری است واوفق بمصلحت وعدالت اجتماعی است آیـا مصلحت اجتماعی ایجاب نمیکند هر فرد مکلف باید بوظائف وتکالیف خود آگاه باشدومنتظر اعلام اخطار دیگران بـرای جلوگیری ازخسارات وارده بدیگران نباشد تردیدی نیست در اینکه انسان اجتماعی است طبعا در اینصورت لازم است در امورخـود رعایت مصالح اجتماعی را بنماید وازاضرار بدیگران احترازنماید درحدوداستطاعت وتوانائی خود .

## خسارات ناشیه ازاشیاء منقوله

اقتضا ندارد آنچه در مسئله اضرارتسبیبی گفته شد تکرار شود مانند گذاردن اشیاء منقول در شارع عام که سبب اضرار دیگران شود وامثال اینها که در مباحث قبل گفته‌شده ولی بتذکر دو مسئله از مسائلی که در کتب فقه یافتیم اکتفامیکنیم .

یك اگر کسی سنگ یا شیئ ثقیلی را روی دیوارخانه‌خود نصب نمایدبواسطه وزش باد یا طوفان شیئ مزبورساقط شودو انسانی را بکشد یا مجروح نمایدیامالی

دراثرسقوط آن تلف شود واضع سنگ ضامن خسارات وارده نیست زیرا بوضع سنگ روی دیوارملکی خود تجاوزبحق دیگری نکرده وسقوط آنهم مستند بصاحب دیوار نبوده است ولکن اگرسنگ یا آن شیئ ثقیل را روی دیوارخود متمایل بطرف ملك غیر یا شارع عام نصب نماید واضع آن ضامن کلیه خسارات وارده میباشد زیرا درعمل خود ونصب سنگ متعدی ومتجاوزبوده است .

مسئله دوم که اتخاذ از کتب فقه حنفی شده اگردونفر هریك چیزی رادرمعبر قراردهندآن دوچیز با گردش قهری بیك دیگر تصادم نموده تلف شوند بنا بعقیده ابی یوسف هردونفر ضامن خسارت وارده بطرفین میباشند لکن اگر یکی از آن دوچیز ثابت بماند واودیگری گردش کند وبآن یکی که ثابت است تصادم نماید وتلف شود ضمان تلف وخسارت وارده بعهده آنکسی استکه مالش ثابت مانده ومزاحمت درطریق نموده است.

## خاتمه در تصرفات فعلی

شکی نیست دراینکه بحث درتصرفات فعلی بــا قیاس بآنچه در کتب فقهی و قوانینی که مبتنی بر نظریه کلی درمسئولیت جرمی است طولانی است.

سبب طول بحث درمسئله آنستکه قبلا اشاره شد که شریعت اسلام مولود نظریات کلی وتحلیل عقلی نیست بلکه مبتنی بر قضایای عملیه و استقراردرادله شرعیه است ولذا بحث وتحقیق درجرائم مدنی هریك جداگانه شده است چنانچه درقوانین انگلستان درحال حاضر مشاهده میشود .

با وجود این اسلوب فقهی در قـوانین وشریعت اسلام فقها ممنوع نیستند از اینکه قواعد کلی اساسی که جمیع احکام جرائم را با اختلاف انواع آن شامل باشد استنباط نمایند و گمان میکنیم موفق شدیم باثبات مسئولیت جرمی درشریعت اسلام باشروط کلی اساسی آن که بطور کلی ذکر شد شبیه بشروطی که در قوانین برای مسئولیت جرمی مقررشده وثابت نمودیم که اختلاف بین فقهای اسلامی در

بعض مسائل فرعی است ازقبیل اختلافاتی که در اجتهادات محاکم بوجود میآید واختلافی دراصول ومبادی نیست مگر بسیار نادر.

در هر صورت در مسئولیت جرمی بطور خلاصه مباشرت و تعمد وتقصیر وعدم تحرز دراضرارتسبیبی ملاك ضمان میباشدواین تنها منطبق باافعال مضره صادره ازانسان نیست.

بلکه منطبق با خسارات ناشیه ازحیوانات وجوامدهم میشود. **پایان**

# فهرست مقدمه مترجم

# فهرست

| عنوان | صفحه |
|---|---|
| قانون مدنی آلمان وسویس | ٥٤ |
| قانون موجبات سویس | ٥٤ |
| قانون آلمان | ٥٥ |
| قانون انگلیس و آمریکا | ٥٥ |
| آیاشریعت اسلام ازقوانین روم قدیم متأثرشده | ٥٦ |
| زن‌درحقوق رومی‌استقلال قضائی ندارد | ٥٨ |
| درشریعت اسلام زن‌ازبدوتکلیف دارای استقلال‌قضائی است | ٥٩ |
| اختلاف دوّم | ٦٣ |
| شباهت دوقانون دلیل اقتباس نیست | ٦٣ |

# فهرست جلد اول از ترجمه کتاب
# الموجبات والعقود

| عنوان | صفحه |
| --- | --- |

| عنوان | صفحه |
|---|---|
| امر بتصرف در ملك غير باطل است | ۱۲۶ |
| حالت دوّم ولايت است | ۱۲۷ |
| ولايت خاصّه و ولايت عامّه | ۱۲۸ |
| ولايت خاصه وعامه كدام يك اقوى هستند | ۱۳۰ |
| عقدفضولى ونظريات مختلفه در آن | ۱۳۰ |
| نظريات مختلف دربيع فضولى نزدعلماى حقوق دنيا | ۱۳۰ |
| فصل دوّم نظريّه بطلان معاملات فضولى | ۱۳۲ |
| فصل سوّم نظريه توقف درعقدفضولى | ۱۳٤ |
| قانون انگليس ازاين نظريّه تبعيّت كرده | ۱۳٤ |
| نصوص قانونى در مسئله | ۱۳۵ |
| حكم خريدار فضولى | ۱۳٦ |
| عقد اجاره فضولى | ۱۳۷ |
| تقسيم فضولى | ۱۳۷ |
| صلح فضولى | ۱۳۸ |
| فضولى درعقد وديعه | ۱۳۸ |
| فضولى دراحوال شخصيّه وساير تصرّفات قولى | ۱۳۸ |
| فضولى در تصرفات فعلى | ۱۳۹ |
| اجازه وانواع آن | ۱٤۱ |
| فسخ | ۱٤۲ |
| شروط اجازه | ۱٤۳ |
| موارديكه تصرفات فضولى بدون اجازه صحيح است | ۱٤٤ |

| عنوان | صفحه |
| --- | --- |

| عنوان | صفحه |
|---|---|

پایان

# غلطنامه

| صفحه | سطر | خطاء | صواب |
|---|---|---|---|
| ٧ | ١٣ | حزیل | هذیل |
| ٧ | ١٧ | آخر | اخر |
| ١٣ | ١٠ | آوردی | آوری |
| ١٥ | ٤ | بلاندری | بلاذری |
| ١٧ | ٧ | الحوادت | الحوادث |
| ١٧ | ٨ | فارجعو | فارجعوا فیها |
| ١٧ | ٨ | احادیثا | احادیثنا |
| ١٨ | ٢٠ | اشعرین | اشعریین |
| ١٩ | ١ | بنض | بنص |
| ١٩ | ١٩ | اصطلاعات | اصطلاحات |
| ٢١ | ٤ | عثمان بن عضان | بعثمان بن عفان |
| ٢١ | ٩ | ورا | را |
| ٢٣ | ٨ | چهارم | هفتم |
| ٢٥ | ١ | ار | از |
| ٢١ | ٤ | رفر | زفر |
| ٢٦ | ٥ | ابن مالك | این مالك |
| ٢٧ | ٦ | خنفی | حنفی |
| ٢٧ | ٢١ | سجداً | سجدالله |
| ٢٧ | ٢٣ | آلام | الام |
| ٢٩ | ٥ | عزالی | غزالی |
| ٢٩ | ٧ | أبن تمیمه | ابن تیمیه |
| ٢٩ | ٨ | العریز | العزیز |
| ٢٩ | ٢٠ | اوذاعی | اوزاعی |
| ٣١ | ١ | ار | از |
| ٣١ | ٢ | مصفات | مصنفات |
| ٣١ | ٧ | ماجد | ماجه |
| ٣١ | ٧ | ترمزی | ترمذی |
| ٣١ | ٧ | لایحصره | لایحصره |
| ٣٦ | ٤ | رحمت | زحمت |
| ٣٨ | ٢١ | شرح اخیر | شروح اخیره |
| ٤٠ | ٣ | اجرا | الاجراء |
| ٤١ | ٧ | زیزا | زیرا |
| ٤١ | ١٣ | کردند | نکردند |
| ٤٢ | ٩ | باره | ماده |
| ٤٣ | ١٠ | تبغی | تبعی |
| ٤٦ | ٤ | جرائی | جزائی |
| ٤٧ | ١١ | مباشد | مباشر |
| ٤٨ | ١٦ | میکرد | میکردند |
| ٤٨ | ١٩ | قضیحت | فضیحت |
| ٥٠ | ٧ | پس | پس از |

## غلطنامه

| صفحه | سطر | خطاء | صواب |
|---|---|---|---|
| ٥٠ | ٢٠ | دروع | دروغ |
| ٥٠ | ٢٢ | حزو | جزو |
| ٥٣ | ٢١ | عينه | عينيه |
| ٥٨ | ١٤ | ندار | ندارد |
| ٥٩ | ٢٢ | صمورابی | حمورابی |
| ٦١ | ٢ | میکردنه | میکردند |
| ٦١ | ٥ | نخل | نحل |
| ٦١ | ١٥ | انالانضیع | انی‌لااضیع |
| ٦١ | ١٥ | من‌ذکرأاوانثی | من‌ذکراوانثی |
| ٦١ | ١٨ | برخورار | برخوردار |
| ٦١ | ٢٠ | جلعناکم | جعلناکم‌شعوباً |
| | | | شعوباوقبائل وقبائل‌لتعارفوا |
| ٦٢ | ١٦ | نفر | نغز |
| ٦٢ | ١٨ | الحليه | الحلية |
| ٦٢ | ١٨ | مبين | غيرمبين |
| ٧٦ | ٢ | نميتوان | بازهم‌نميتوان |
| ٦٥ | ٣ | حزئی | جزئی |
| ٦٦ | ١٥ | کد | که |
| ٦٨ | ١٩ | استناط | استنباط |
| ٦٩ | ٤ | سطی | سطحی |
| ٧١ | ١٠ | دربا | دریا |
| ٧١ | ١٣ | حنیفه | حنفی |
| ٧٢ | ٤ | استحانا | استحسانا |
| ٧٢ | ١٣ | المعضوب | المغصوب |
| ٧٢ | ١٧ | ازخار | ادخار |

| صفحه | سطر | خطاء | صواب |
|---|---|---|---|
| ٧٦ | ٩ | نفوذ | نقود |
| ٧٧ | ٤ | راقبه | راقیه |
| ٧٧ | ٧ | بانتقاع | بانتفاع |
| ٧٧ | ١٧ | اشکلال | اشکال |
| ٧٧ | ١٨ | ار | از |
| ٧٩ | ١١ | این | ابن |
| ٨٠ | ٩ | قیمتی | قیمی |
| ٨٠ | ١١ | الجمله | المجله |
| ٨٠ | ١٣ | میشابه | متشابه |
| ٨١ | ١٣ | آن | نصف‌آن |
| ٨٣ | ١٥ | جمیع | جمع |
| ٨٩ | ١ | مختصات | مشتقات |
| ٨٩ | ١٥ | نجاة | نحاة |
| ٩٠ | ١ | دو | دوم |
| ٩١ | ١ | پرداحت | پرداخت |
| ١٠١ | ١٨ | بآن | آن |
| ١١٠ | ٢ | نظریه‌معنویه | نظریه‌مادیه |
| ١١٠ | ٧ | حانواده | خانواده |
| ١١٠ | ١٤ | دارای | داری |
| ١١٢ | ١٨ | سکنی | منع‌سکنی |
| ١١٢ | ١٩ | یا | یاعملیکه |
| ١١٤ | ١٢ | چاه‌را | چاه‌همسایه را |
| ١١٥ | ٣ | فضل | فصل |
| ١٢٠ | ١٦ | تقلیل | تحلیل |
| ١٢٤ | ١٢ | فصول | فضولی |

# غلطنامه

| صفحه | سطر | خطاء | صواب |
|---|---|---|---|
| ۱۲۵ | ۱٤ | اجازه | اجاره |
| ۱۳۵ | ۹ | اور | اورا |
| ۱٤۲ | ۲۲ | معیر | معبر |
| ۱٤٦ | ۷ | ودفع | دفع |
| ۱٤۷ | ٤ | اجاره | اجاره |
| ۱٤۸ | ۸ | رهن | رهن‌رافك |
| ۱۵۰ | ۱۳ | نطریه | نظریه |
| ۱۵۲ | ۱٤ | هدی | اهدی |
| | | فکافئو | فکافئوه |
| ۱۵۸ | ۱۸ | که‌بر | بر |
| ۱٦۳ | ۲۱ | بسبب | وبسبب |
| ۱٦٤ | ۱۲ | اشیاء | اشتباه |
| ۱٦۹ | ۲۰ | آنکه | یاآنکه |
| ۱۷۱ | ۲۳ | اشتهاد | استشهاد |
| ۱۷۳ | ۲۳ | اخبار | اختیار |
| ۱۸۲ | ۲۵ | (۲) | زیاد |
| ۱۸۳ | ۲۱ | وقهراً | قهراً |
| ۱۸۸ | ۱۸ | بطوربکه | بطوریکه |
| ۱۸۸ | ۱۸ | حوزی | جوزی |
| ۱۹۲ | ۳ | حاکم | وحاکم |
| ۱۹۳ | ٦ | طاهری | ظاهری |
| ۱۹۳ | ۱٦ | طاهری | ظاهری |
| ۱۹۳ | ۲۱ | وسقوط | سقوط |
| ۱۹٤ | ۲۰ | عمل | حمل |
| ۱۹۵ | ۱٤ | ییغمبر | پیغمبر |
| ۱۹۷ | ۲۳ | شرابع | شرایع |
| ۱۹۸ | ۱ | اکل | کل |
| ۱۹۸ | ۲ | رافة | رأفة |
| ۱۹۸ | ٤ | رافت | رأفت |
| ۱۹۸ | ۹ | والشیب | والثیب |
| ۱۹۸ | ۱۰ | بالشیب | بالثیب |
| ۱۹۸ | ۷ | غیرمحسنه | غیرمحصنه |
| ۱۹۸ | ۱۱ | محسن | محصن |
| ۱۹۸ | ۱۳ | محسنه | محصنه |
| ۱۹۸ | ۱۹ | غیرمحسنه | غیرمحصنه |
| ۲۰۵ | ۱۰ | تداوای | تداوی |
| ۲۰۷ | ۱۲ | مردی | مردمی |
| ۲۱۰ | ۱ | زیادنر | زیادتر |
| ۲۱۱ | ٤ | وجرای | وجزای |
| ۲۱۲ | ۵ | وابن | واین |
| ۲۱۲ | ۱٤ | بردم ل | بردمال |
| ۲۱٦ | ۷ | باقطع | یاقطع |
| ۲۲۱ | ۱ | ارنکاب | ارتکاب |
| ۲۲۲ | ۱ | زفیر | زفر |
| ۲۲٤ | ٦ | بین | بین |
| ۲۲۷ | ۱۳ | محبنی | مجنی |
| ۲۲۹ | ۳ | تابید | تأیید |
| ۲۳۱ | ۲ | قیت | رقیت |
| ۲۳۲ | ۷ | مییافت | میافت |
| ۲۳٦ | ۳ | ابن | این |
| ۲۳٦ | ۱۳ | مکلفة | مکلف |
| ۲٤۰ | ۹ | گذشته | گذشت |
| ۲٤۲ | ۱٦ | ایکه | اینکه |
| ۲٤۳ | ۲ | اراسباب | ازاسباب |
| ۲٤٦ | ۱۲ | اعماست | استاعم |
| ۲٤۹ | ۱۰ | دیری | دیگری |
| ۲۵۱ | ۲۰ | نیر | نیز |
| ۲۵۳ | ۲۱ | تفسیر | تقصیر |
| ۲٦٤ | ۹ | شخصی | شخص |
| ۲٦۸ | ۱۹ | بین | بین |
| ۲۸۲ | ۸ | تحرز | عدم‌تحرز |
| ۲۸۵ | ۸ | ابنمورد | اینمورد |
| ۲۹۰ | ۳ | حدود | حدود |
| | | کانش | دکانش |

## غلطنامه

| صفحه | سطر | خطاء | صواب |
|---|---|---|---|
| ۲۹۲ | ۱٤ | مریص | مریض |
| ۲۹٤ | ۱۹ | ثالثاً | ثانیاً |
| ۲۹۵ | ۲ | پاره کنند | پاره کننده |
| ۲۹٦ | ۲۲ | یادیگری | بادیگری |
| ۳۰۰ | ۱۵ | الجمله | المجله |
| ۳۰۲ | ۱۵ | توضیع | توضیح |
| ۳۰۷ | ٦ | کارگر بوده | کارگرکم بوده |
| ۳۰۷ | ۱٦ | ذبل | ذیل |
| ۳۰۹ | ۸ | ت | زیاد |
| ۳۰۹ | ۱۸ | خسار | خسارت |
| ۳۱۰ | ٦ | تسببی | تسبیبی |
| ۳۱۲ | ۲ | اشتباه | اشباه |
| ۳۱۲ | ۱۵ | ودراین | واین |
| ۳۱۲ | ۱۹ | بـابسبب | یابسبب |
| ۳۱۳ | ۳ | امثال | امتثال |
| ۳۱۸ | ۱ | بابچه | یابچه |
| ۳۲۰ | ۵ | جبار | جبارمیباشد |
| ۳۲۷ | ۲۱ | ضعبف | ضعیف |
| ۳۲۸ | ٦ | وصاحب | باصاحب |
| ۳۲۹ | ۱۵ | استقرار | استقراء |

می‌کنی که آیندگان مرا در این خونریزی و تاراجی که کرده‌ام ملامت کنند؟»

حکم و معارف عالیهٔ چین و اسلام که چنگیزخان سعی کرده بود شمه‌ای از آن بفهمد ولی در عین لشکرکشی نتایج آنها را عمدا از پیش نظر دور داشته بود در این وقت به یادش آمد: «من در باب نصایح و حکم دانشمندان بسیار اندیشیده‌ام و امروز می‌بینم که بدون دانستن وجه صواب فرمان قتل‌عام داده‌ام لکن از هلاکت این مردمان مرا چه باک!»

هنگامی که پناهندگان شهر سمرقند از شهر بیرون آمده و با ترس و بیم فوق‌العاده از او استقبال کردند و ارمغان بسیار از خدمت گذرانیدند خان نسبت به آنها ابراز محبت کرد. لختی با آنان سخن راند وخطاهای سلطان خوارزم را برشمرد که نه وعده و قول خود را محترم می‌دانست و نه از قول و رعیت خود دفاع کرد. پس حکامی از میان خود اهالی برگزید و آنان را حق داد که مثل حکام مغول به حفظ و اجرای یاسا مبادرت نمایند بعدها پسران چنگیز فرمانروائی این نواحی را در دست گرفتند.

جهانگشای مغول که صدمات جراحات سابق را احساس می‌کرد و عمر خود را قریب به پایان می‌دید بر آن شد که نظم و ترتیبی در کارها برقرار کند و اصول آن از این قرار بود: دفع شورش‌ها، تنفیذ و اجرای یاسا و تفویض سلطنت به فرزندان خود. پس به وسیله چاپارها به سرداران وامیران خود دستور داد که در مجمع بزرگی که در نواحی سیحون حوالی نقطه‌ای که نخستین بار از آنجا وارد خاک خوارزم شده بود جمع شوند.

# فصل بیست و یکم

## مجمع بزرگان دربار

مکانی که برای مجمع معیّن شد چمنی بود که محیط آن به سی کیلومتر می‌رسید و برای مغولان جائی نزهت بخش محسوب می‌گردید. مرداب‌های اطراف شط از مرغان آبی پر بود، تذروان زرین پر درگیاه نمناک پرواز می‌کردند مرتع بسیار و شکار بی شمار بود اول بهارکه موسم مخصوص قوریلتای یا انجمن بزرگان مغول است فرا رسید.

سران قوم مغول که در اطاعت فرمان خان نهایت دقت و مواظبت مرعی می‌داشتند به تدریج جمع شدند فقط سوبوتای چالاک که او را از خاک اروپا احضار کردند هنوز نرسیده بود.

سرداران مأمور حدود و ثغور مملکت و ترخانان خوش‌نشین و سلاطین مطیع و سفرا دول از چهارگوشه جهان به اردوگاه چنگیز آمده بودند هر یک راهی دور طی کرده وگروهی عظیم همراه خود آورده بودند قیبتیکاس‌هایی که از ختا می‌آمد به چند جفت گاو بسته و از پارچه‌های ابریشمی زینت یافته بود بر روی هر ارّابه بیرق یکی از دشمنان خان که در جنگ به دست افتاده بود حرکت و اهتزاز داشت.

سردارانی که از دامنهٔ جبال تبّت می‌آمدند ارّابه‌هایی داشتند زرین و منقش که چندین گاومیش کوه‌پیکر با پشم بلند و شاخ بزرگ و دم سفید و ابریشمی آنها را می‌کشیدند، مغول‌ها این حیوان را اهمیت بسیار می‌دادند. تولوی فرماندهٔ کل سپاه

که از خراسان می‌آمد چند قطار اشتر سفید همراه داشت، جغتای که از دامن کوه‌های برف‌پوش می‌رسید صدهزار اسب با خود می‌آورد این صاحب‌منصبان اردو لباس‌های زربفت و جامه‌های سیمین داشتند و بالاپوش‌های خز و قاقم و پوست گرگ خاکستری یا نقره‌فام برای حفظ لباس‌های گرانبهای خود در بر می‌کردند.

از نواحی جبال تیانشان رؤسای طوایف ایدیقوت و اویغور که متحدین خاص چنگیزخان بودند با خان المالیغ که دین عیسوی داشت و امراء قرقیز باروهای پهن برای عرض خدمت به حضور جهانگشای مغول می‌رسیدند و ترکمانان با پاهای بلند و قباهای مجلل نیز به حضور می‌پیوستند.

اسب‌ها دیگر اسلحهٔ مسین زنگار خورده و از هم ریخته را حمل نمی‌کردند همه با برگستوان و سلاح تازه به راه می‌افتادند و بانگ سلاح جنگی آنان از دور به گوش می‌رسید در روی زین‌ها قطعات نقرهٔ صیقلی یا کنده‌کاری می‌درخشید و جواهر الوان چشم را خیره می‌کرد.

از صحرای گوبی طفلی آمد که به او احترام بسیار می‌گذاشتند این قوبیلای پسر تولوی بود که در این وقت ۹ سال داشت اولین باری بود که او را اجازهٔ شرکت در شکار عمومی می‌دادند و این واقعه از پیش آمدهای مهم برای شاهزادهٔ مغول محسوب می‌شد بنابراین چنگیزخان شخصاً در وارد کردن او به شکار بذل مرحمت و مراقبت فرمود.

رؤسای قوم برای قوریلتای یا انجمن مشورت در چادری بزرگ و سفید که گنجایش دوهزار نفر داشت مجتمع شدند درگاه مخصوص برای ورود خان معیّن کردند سپاهیان زره‌پوش که در مقابل در بزرگ سمت جنوب صف کشیده بودند فقط مأموریت حفظ نظم و ترتیب را داشتند انتظامات اردو چنان سخت و استوار بود و تشکیلات دولت چنگیزی چنان مرتب و محکم که کسی یارای آن نداشت بی‌اجازه وارد اردوگاه مخصوص خان بشود.

سرداران اردو و سلاطین تابع چنگیزخان همانطور که در صحرای گوبی زنان

اسیر و اموال غارتی را به خان تقدیم می‌کردند در اینجا هم جواهر گرانبها و خزاین و دفاینی را که در نصف کره زمین یافته و فراهم آورده بودند به او پیشکش کردند. مورّخین می‌نویسند: «که کس تا آن زمان چنین شکوه و جلال و مکنت و مالی ندیده بود»

شاهزادگان و امرا به جای شیر مادیان شربت شهد و شراب سرخ ایران می‌نوشیدند. خان شخصاً عاشق شراب شیراز بود.

چنگیز بر روی تخت زرین سلطان محمد که از سمرقند آورده بودند قرار گرفت و در کنار او عصا و تاج سلطان مرحوم را قرار دادند چون انجمن تشکیل یافت مادر شاه خوارزم را داخل چادر کردند با دستهای مقید به زنجیر در زیر تخت یک قطعه نمد مربع خاکستری رنگ که از موی حیوانات ساخته بودند و علامت فرمانفرمائی قدیم خان در صحرای گوبی بود افکنده شد.

چنگیز در حضور امراء و بزرگانی که از مشرق آمده بودند تفصیل فتوحات سه ساله اخیر را بیان کرد و گفت: «من از برکت یاسا فرمانروای جهان شده‌ام، شما نیز تابع و مطاع قوانین باشید».

خان مغول که مردی فطن و زیرک بود ابداً از فتوحات خوداظهار غرور و خودستائی نکرد و کلامی بی‌فایده و زاید بر زبان نیاورد، آنچه می‌خواست اطاعت قوانین بود و بس، دیگر حاجت به مشورت نداشت و نمی‌خواست شخصاً سرداران را به جنگی ببرد، تمام امراء لیاقت لشکرکشی و فرماندهی داشتند و چنگیز آشکارا می‌دید که اگر این قوم به مخالفت یکدیگر برخیزند چه خطرهائی متوجه دولت او خواهد شد.

برای اظهار قدرت و نمایش بسط ممالک مفتوحه خود مقرر فرمود که یکان یکان ایلچیان و رسولان ممالک را به حضور آورند.

به سه فرزند خود چنین گفت: «هرگز مگذارید آتش خلاف در میان شما مشتعل شود، همه در اطاعت اوگتای ثابت قدم باشید».

آنگاه در ظرف یک ماه جشن‌ها و طوی‌ها دادند و در میان این شادی و سرور دو

تن از مدعوین رسیدند و مقدم آنها را همه گرامی شمردند یکی سوبوتای که از سر حد لهستان می‌آمد و دیگر جوجی که این سردار او را با خود آورده بود.

این سردار بزرگ در راه نزدِ جوجی رفته و او را متقاعد کرده بود که در انجمن بزرگ حاضر شود جوجی اطاعت کرد و چون به خدمت خان رسید زانو بر زمین زد و دست پدر را بر پیشانی خود فشرد چنگیز که قلباً این فرزند را دوست می‌داشت خرسند شد ولی به هیچ وجه آثار محبتی ظاهر نساخت، این فرمانفرمای دشت قبچاق صدهزار اسب قبچاقی برای پدر ارمغان آورده بود.

چون جوجی مراسم دربار را دوست نداشت از پدر رخصت خواست که به سواحل شط وُلگا بازگردد چنگیز خواهش او را پذیرفت و اجازه داد.

مجلس تمام شد، جغتای به کوهستانی که محل حکمرانی او بود بازگشت و باقی اردو هم به جانب قراقوروم رهسپار شدند یکی از مورخان می‌نویسد که در طول طریق هر روز چنگیزخان سوبوتای را طلب می‌کرد که شرح وقایع ترکتازی خود را در ممالک مغرب زمین بیان کند.

## فصل بیست و دوّم

## پایان کار

روزگار چنگیزخان را اجازه نداد که سال‌های آخر زندگانی را در وطن بگذراند، همه چیز برای فرزندان او حاضر بود مگر دو چیز، دو دولت مخاصم هنوز در عالمی که خان می‌شناخت برپا بود: یکی مملکت دائم‌الانقلاب هیا در حوالی کوهستان تبّت دیگر کشور قدیم سونگ در چین جنوبی. چنگیزخان چندی در قراقوروم و میان طایفه خود در خانه سوبوتای بسر برد آنگاه مجدداً بر زمین نشست سوبوتای را به سرکوبی دولت سونگ فرستاد و خود شخصاً به قلع و قمع طوایف دشت هیا رهسپار شد.

چنگیز در این لشکرکشی هم موفق آمد در فصل زمستان از باتلاق‌های منجمد گذشت و تمام دشمنان دیرین خود را در یک نقطه مجتمع دید که انتظار ورود او را داشتند این دشمنان عبارت بودند از: بقیة‌السیف لشکر ختا و افواج چین جنوبی و ترک‌ها و طوایف هیا. از کلام مورخان پیداست که چه قتل‌عامی در این ناحیه رخ داده است مغولان با جامه‌های پوست حیوانات در روی شطی منجمد به قتال پرداختند دشمن که خود را فاتح می‌پنداشت به قلب سپاه خان که سرداران بزرگ در آن جای داشتند حمله برد در این مصاف ظاهراً قریب سیصدهزار مرد به خاک افتادند.

بعد از این حمله مغولان به انتقام پرداختند و حیله‌های جنگی به کار بردند

سواران خصم را شکستی فاحش دادند هر جا که اردوی چنگیز قدم گذاشت تمام مردانی را که قابل برداشتن اسلحه بودند از دم تیغ آبدار گذرانیدند پادشاه هیا که در قلعه محکمی در یکی ازگردنه‌های پر برف خود را پنهان ساخته بود امان آورد و از خان طلب بخشایش کرد کینهٔ دیرین و نومیدی اخیر خود را در پردهٔ اظهار محبت پوشیده داشت و از جرم گذشته پوزش خواست چنگیزخان به رسولان او چنین جواب داد:

«به پادشاه خود بگوئید من به هیچ وجه ازگذشته یاد نخواهم آورد و او را دوست خود خواهم دانست»

خان بعد از این فتح باز هم نمی‌خواست شمشیر از دست بگذارد مردم سونگ را هم می‌خواست به کلی مطیع کند پس در وسط زمستان لشکر به جانب سرحدات مملکت کهن‌سال چین راند یه لیو چوتسای حکیم با کمال جرأت خان را از تخریب چین منع کرد و گفت:

«اگر تو این مردم را معدوم کنی دیگر که به تو خدمت خواهد کرد و که اسباب تمول و آسایش فرزندان تو را فراهم خواهد ساخت؟» جهانگشای سالخورده لحظه‌ای به فکر فرو رفت و به خاطر آورد که هنگام خرابی ممالک پر جمعیت و حکما و دانشمندان ختائی در تجدید عمران و تمهید انتظامات آنجا خدمات نمایان به او کرده‌اند پس چنین جواب داد:

«بسیار خوب تو شهریار اقوام مطیع دولت ما باش و از روی خلوص و وفا به فرزندان من خدمت کن»

لکن از غلبه نظامی بر مملکت سونگ صرفنظر نمی‌کرد و می‌خواست کاری را که شروع شده به پایان برساند پس درکنار شط عظیم زرد بر اسب نشسته و ایستاد و فرمان داد که تمام سپاه از آب بگذرند در این وقت به او خبر دادند که جوجی در دشت قبچاق بدرود زندگانی گفته است چنگیز از این خبر بر خود پیچید و زمانی به چادر خود رفته تنها و آهسته به گریستن مشغول شد و بر وفات فرزند اکبر خود ندبه کرد.

چندی قبل هنگامی که پسر اگتای در محاصره شهر بامیان به قتل رسید چنگیز به اگتای امر کرد که به هیچ وجه نباید اظهار اندوه و غصه کند و چنین فرمان داد: «باید امر مرا اطاعت کنی، اگرچه فرزندت کشته شده است نباید اشکی بریزی» در این وقت هم خودش در میان مردم به هیچ وجه از فوت جوجی اظهار افسردگی نکرد همه چیز کما فی‌السابق در جریان بود و لشکر در مملکت خصم پیش می‌رفت امّا خان کمتر سخن می‌گفت و خبر فتح جدیدی در سواحل بحر خزر را چون به سمع او رسانیدند به هیچ وجه در او تأثیر خوشی نبخشید و تمیجدی از دهان او شنیده نشد لشکر در جنگل انبوهی ازکاج واردگشت با این که آفتاب گرم بود قطعات برف در میان شاخسار جنگل به نظر می‌رسید خان فرمان توقف داد.

چاپاران تند سیر روانه کرد تا فرزندش تولوی را که در همان حوالی بود نزد او خواندند چون تولوی فرمانده کل قوا که در این تاریخ مردی شده بود از اسب به زیر آمد و به چادر پدر داخل شد خان را دید در روی فرشی در کنار آتش افتاده و جامه‌ای از نمد و سنجاب بر خود پیچیده است.

مغول سالخورده فرزند را پذیرفته چنین گفت: به خوبی می‌بینم که باید همه چیز را ترک کرده از تو دور شوم».

از چندی پیش چنگیز مریض بود و می‌دانست که وقت رحیل رسیده است فرمان داد تا سران سپاه با تولوی در اطراف بستر او زانو زدند همه با نهایت اضطراب و حرص انتظار سخنان او را داشتند چنگیز دستورهای روشن و دقیق راجع به ختم فتح سونگ که شخصاً شروع کرده و از عهده انجام آن بر نمی‌توانست بیاید به سرداران خود داد آنگاه سلطنت ممالک شرق را به تولوی و پادشاهی ممالک غرب را به جغتای تفویض فرمود و اگتای را بر هر دو فرمانروائی داد که به سمت خاقانی در شهر قراقوروم مقام بگزینند.

چنگیز چنان که عادت صحرانشینان است بدون آه و ناله جهان را وداع گفت و با این که برای فرزندان خود بزرگترین دولت و هولناک‌ترین سپاه عالم را بجای گذاشت، خود چنان به سادگی مرد که گوئی مالک چادری و مالک گله‌ای بیش

نیست.

این واقعه در سال سیچقان ئیل ترکی مطابق سنه ۱۲۲۷[۱] میلادی اتفاق افتاد.

مورخان می‌نویسند که چنگیز در مدت مرض اخیر خود دستور داده بود پادشاه هیا را که عازم اردوی اوست در راه هلاک کنند و در وقت مرگ فرمان داد که خبر فوت او را مستور بدارند تا زمانی که اوامرش کاملاً به موقع اجرا بیاید.

در برابر خیمه سفید خان که مسافتی از اردو بر کنار بود یک نیزه بر زمین کوبیدند. مستحفظین خیمه هر یک از منجمان و طبیبان را که برای معالجه و عرض خدمت می‌خواستند داخل شوند منع می‌کردند، فقط سرداران بزرگ حق دخول داشتند مثل این که خان کسالتی دارد و از بستر اوامر و احکامی صادر می‌کند وقتی که پادشاه هیا و اتباع او به اردوی مغول رسیدند همه را به جشنی دعوت کردند و خلعت‌های گرانبها پوشانیده در میان سران لشکر نشانیدند سپس تا آخرین نفر را به خاک هلاک افکندند.

اورخانان و سرداران سپاه چون چنگیز را در میان خود نیافتند و آن فاتح مغلوب ناشدنی که سلطنت جهانی را به آنان بخشیده بود دیگر ندیدند از همان جا به عنوان تشییع جنازهٔ خان به صحرای گوبی بازگشتند.

قبل از دفن کردن بنا به رسم مغولی بایستی جسد او را به قومش نشان داده و به خانه بورته که نخستین زنش بود ببرند.

چنگیزخان در خاک سونگ وفات یافت و سردارانش برای منع انتشار خبر هر کس را تا سر حد صحرا در راه می‌دید هلاک می‌کردند که خبر منتشر نشود.

چون به سرحد صحرا رسیدند سرداران بزرگ و جهانگشایان سترگ به بانگ بلند مشغول نوحه‌سرائی و اظهار ناله و زاری شدند و در پی ارّابهٔ جنازه خان طی طریق کردند هیچ یک باور نمی‌کردند که خان بزرگ دیگر پیشاپیش بیرق خود رهسپار نیست و نمی‌تواند به میل و اراده خود سرداران را از کشوری به کشوری بفرستد.

---

۱. رمضان ۶۲۴ (مترجم).

یکی از ترخانان که موی خاکستری رنگ داشت فریاد می‌زد و می‌گفت:

«ای خدایگان ما ای بغدو ما را همین طور می‌گذاری و می‌روی؟ وطنت با رودخانه‌اش تو را انتظار می‌کشد، شهر نیکبخت تو که قصر زرنگارت در آنجاست و پهلوانانت در اطراف آن هستند چشم به راه تو است چرا ما را در این ولایت گرم در میان دشمنان خونخوار گذاشتی؟»

سایر همراهان هم هر قدر جنازه در صحرای گوبی پیش می‌رفت در نوحه و زاری شرکت می‌جستند مورخان عبارات مرثیه خوانی آنان را به این صورت ضبط کرده‌اند.

«پیش از این مانند عقاب بر روی شکارخود می‌افتادی، امروز ارّابه‌ای با ضجه و فریاد خشن می‌غلطد و تو را می‌برد ای خان من.

آیا تو واقعاً زن و فرزندان و قوم خود را ترک کرده‌ای ای خان من.

سابق بر این مانند عقاب تیزچنگ مغرور می‌پریدی و ما را با خود می‌بردی، حال پایت لغزید و بر خاک افتادی، ای خان من!»

جهانگشای مغول را به وطن خودبردند به شهر قراقوروم بلکه به آنجایی که در ایّام کودکی بسر برده و برای تحصیل قوت لایموت کوشش‌ها کرده بود. چنگیز در تمام این مدت آن ناحیه را از دست نداده و نگاهداشته بود. چاپاران سریع السیر مرکب‌های خود را در روی چمن مسطح به حرکت آورده خبر وفات خان را به رؤسا و امراء دوردست رسانیدند.

چون آخرین سردار در محل دفن حاضر شد جسد خان را از چادر بیرون آورده به خوابگاه آخرین خود سپردند ظاهراً مدفن او را در جنگلی قرار دادند که خودش اختیار و تعیین کرده بود.

امروز کسی از مکان حقیقی قبر او مطلع نیست جسد او را در زیر درخت بزرگی به خاک سپردند.

بنابر روایات مغول یکی از طوایف بزرگ را از ادای مالیات معاف و مأمور

محافظت مقبرهٔ خان کردند.[1] در میان جنگل همیشه عود و چیزهای خوشبو می‌سوزانیدند تا زمانی که جنگل‌های اطراف انبوه‌تر و درختان عظیم‌تر گشتند و آن درخت بزرگ از نظر مستور و آثارِ مقبره محو گردید.[2]

---

۱. یکی از اخلاف جهانگشای بزرگ موسوم به شاهزاده کالا چین نوشته است که خان بزرگ را در ولایت اردو دفن کرده‌اند که واقع است در فاصلهٔ پنچی از شط هوانگ و دیوار عظیم چین نزدیک انجمن کورو و هر سال مغولان بر سر قبر او مراسمی انجام می‌دهند و شمشیر و زین و کمان چنگیز را به آنجا می‌برند، در یکی از افسانه‌های مغولی منقول است که هر سال اسبی سفید در سر مزار چنگیزخان ظاهر می‌شود.

۲. رجوع شود به یادداشت قبر چنگیزخان

## خاتمه

دو سال در سوگواری بسر رفت. تولوی در قراقوروم نیابت سلطنت داشت پس از طی مدت عزاداری سرداران و امیران در صحرای گوبی مجتمع شدند که بنابر وصیت آن جهانگشای بزرگ برای خود خاقانی انتخاب کنند. شاهزادگان و امیران هر یک سلطانی عظیم‌الشأن بودند و بنابر وصیت چنگیزخان هر یک حصه موروث خود را در تصرف داشتند. جغتای که مردی درشت و خشن و ارشد اولاد و فرمانروای ممالک اسلامی بود از جانب آسیای وسطی در رسید و اگتای که جوانی نیک‌خو بود از دشت‌های گوبی وارد شد. باتو پسر جوجی که (مجلل) لقب داشت از دشت‌های روسیه فرا رسید.

فرزندان چنگیز همه از صباوت به حد رجولیت رسیده و مانند سایر مغولان چادرنشین بودند در این وقت هر یک از مالک‌الرقاب قطعه‌ای از زمین و صاحب خزاین و دفاینی بودند که هرگز وجود آن را گمان نداشتند چون سایر امرا آسیایی که در میان اقوام وحشی تربیت یافته‌اند فرزندان چنگیز نیز هم خود را مصروف فراهم آوردن سپاه گران کرده بودند و در ممالک متصرفی خود لذت شراب کامرانی و عشرت‌طلبی را چشیده بودند. چنگیز پیش بینی کرده چنین گفته بود: «اخلاف من جامه‌های زرنگار خواهند پوشید و طعام‌های گوناگون برگزیده خواهند خورد و بر اسبان زیبا خواهند نشست و زنان جوان و ماه‌رو در آغوش خواهند گرفت و فراموش خواهند کرد که این همه نعمت را که به آنان ارزانی داشته است.»

ظاهراً شخص گمان می‌کند که بعد از دو سال عزاداری و نیابت سلطنت تولوی

پسران چنگیز بایستی بر سر ارث و مال و ملک چنگیزی جنگ‌ها کرده و خون‌ها ریخته باشند. جغتای که اکبر اولاد او بود بنا بر رسم مغولی حق داشت که بر سریر خانی بنشیند. امّا ارادهٔ جهانگشای بزرگ به طوری در قلوب مغولان رسوخ داشت که از رسوم سابق صرفنظر می‌کردند. انتظامات و تشکیلاتی که آن دست آهنین داده بود پس از مرگش هم رشته ارتباط و اتحاد محسوب می‌شد.

مطابق نص صریح یاسا برادران بایستی قدمی از اطاعت تجاوز نکنند و پیرامون خلاف و نفاق نگردند بارها چنگیز فرزندان را آگاه کرد که اگر متحد نباشند سلطنت و قدرتشان بزودی رو به زوال خواهد نهاد چنگیز می‌دانست که این دولت جوان دوامی نخواهد یافت مگر این که تمام اراده‌ها مطیع ارادهٔ واحدی باشند. بنابراین تولوی ستیزه‌کار یا جغتای مستبد و خودرأی را جانشین خود نساخت و وصیت کرد که پس از او اوگتای که شخصی سخی و ساده است باید پادشاه باشد. علت این انتخاب اطّلاع عمیقی بود که خان بر احوال فرزندان خود داشت می‌دانست که جغتای هرگز کمر به اطاعت برادر کوچکتر خود تولوی نخواهد بست و تولوی هم که فرماندهٔ کل قوای جنگی است از برادر ارشد که مردی درشت خو و سختگیر است فرمان نخواهد برد.

هنگامی که شاهزادگان در قراقوروم مجتمع شدند تولوی که الغ نویان و اعظم نجبا بود از نیابت سلطنت استعفا داد ونشستن بر تخت سلطنت را به اوگتای تکلیف کردند این جوان که منصب ریاست مجالس شورا داشت عذر خواست که شایسته نیست با بودن اعمام و برادر بزرگتر او پادشاه شود چهل روز در بی‌تکلیفی و تردید گذشت و علت آن‌معلوم نیست یا به واسطهٔ استنکاف تولوی و اصرار در عدم قبول سلطنت بود یا به سبب عدم رخصت از طرف ستاره‌شناسان و فالگیران که در پی ساعت سعد می‌گشتند آنگاه اورخانان و پیرمردان قوم به خدمت اوگتای رفته به درشتی وی را مخاطب ساخته گفتند: «چه می‌کنی؟ خان خودش تو را به جانشینی خویش برگزیده و معیّن کرده است!»

تولوی هم با بزرگان در اصرار و تأکید شرکت جست و آخرین وصیت پدر را

یادآور شد.

یه‌لیو چوتسای دانشمند ختائی که خزانه‌دار بود تمام قدرت و مهارت خود را برای جلوگیری از هر نزاع و ستیزه به کار برد تولوی باکمال اضطراب از آن خزانه دار ستاره‌شناس پرسید آیا امروز ساعت نحس نیست؟ مرد ختائی جواب داد: «غیر از امروز هیچ ساعت سعدی در پیش نیست»

پس اوگتای را واداشت که بی‌درنگ بر تخت زرینی که روی سکوئی پوشیده از نمد نهاده بودند بالا رود در این اثنا یه لیو چوتسای نزدیک جغتای رفته به اوگفت: «تو بزرگترین شاهزادگانی، امّا رعیت امپراطور محسوب می‌شوی، چون ارشد هستی وقت را غنیمت شمرده پیش از دیگران در برابر تخت سجده کن»

جغتای پس از لحظه‌ای تأمل خود را به پای برادر افکند تمام سرداران و نجبا که در محل شوری حضور داشتند از وی تبعیت کرده و اوگتای به خاقانی اعلام شد پس همه از چادر بیرون آمده به سمت جنوب رو به آفتاب به سجده افتادند و تمام اهل اردو نیز چنین کردندآنگاه چند روز جشن و شادی بود گنج‌ها و اموالی که چنگیزخان از اقطار جهان گرد کرده و بجا گذاشته بوددر میان سرداران و امیران و صاحب‌منصبان لشکر مغول بخش و تقسیم شد.[۱] اوگتای جمیع مجرمینی راکه پس از مرگ پدرش به زندان افتاده بودند عفو کرد و با عدالت و مهربانی تام‌که برای یک نفر مغول در آن عهد از نوادر است سلطنت راند و همواره نصایح یه‌لیو چوتسای را پیروی کرد.[۲]

این حکیم با ثبات‌قدمی دلیرانه کوشش کرد که از طرفی ارکان سلطنت خداوندگار خود را مستحکم و استوار کند و از طرف دیگر مغولان خونخوار را از کشتن مردمان باز دارد و یک روز با سوبوتای که سرداری مهیب بود مقاومت و مقابلت کرداین اورخان به همراهی تولوی در این وقت مشغول ادامهٔ جنگ در

---

۱. بنابر روایت افسانه مانندی که منقول است در این وقت چهل کنیزک جوان و زیبا با لباس‌های مرصع و چهل اسب اصیل را به سر قبر چنگیزخان برده قربانی کردند.

۲. رجوع شود به یادداشت دوازدهم و سیزدهم راجع به روابط یه لیو چوتسای و اوگتای

مملکت سونگ بود و می‌خواست ساکنین یکی از بلاد عظیمه را قتل‌عام کند وزیر دانشمند چنین گفت: «در سالهای اخیر لشکریان ما از محصول و آذوقه اهالی ختا زیسته‌اند، اگر ما مردم این کشوِر را هلاک کنیم از زمین خالی چه فایده خواهیم برد؟»

اوگتای صحت این قول را تصدیق کرد و آن جماعت را که در شهر پناهنده بودند مورد عفو قرار داد. این یه لیو چوتسای بود که وصول مالیات را منظم ساخت، مغولان بایستی هر صد نفر چارپائی تقدیم کنند و اهل ختا هر خانواده مبلغی نقره یا ابریشم بدهند وزیر دانشمند اوگتای را واداشت که ختائیان باسواد و دانا را به مشاغل عمده منصوب کند و به پادشاه چنین گفت:

«برای ساختن کوزه به کوزه‌گر رجوع می‌کنی برای نگاهداشتن حساب و دفتر هم باید مردان دانا را به کار گماشت» خان مغول در جواب گفت:

«بسیار خوب، که تو را از این کار منع کرده است؟»

و وقتی که اوگتای قصری جدید برای خود می‌ساخت یه لیو چوتسای مدارسی برای اطفال مغول بنا می‌کرد هر روز پانصد ارّابه وارد شهر قراقوروم که آن وقت موسوم به اردو بالیغ (شهر دربار) بود می‌شد با این ارّابه‌ها غلات و اجناس گرانبها به مخازن شهر و خزانهٔ دولتی وارد می‌کردند به این طریق قدرت خان مغول بر نصف عالم استوار و ثابت گردید.

بر خلاف دولت اسکندر ممالک جهانگشای مغول پس از مرگش از هر دستبردی مصون ماند، چنگیز قبایل مغول را مطیع سلطان واحد کرده و مجموعهٔ قوانین بسیار سختی را در میان آنها گذاشته بود که اگرچه ابتدائی و ساده بود ولی مقصود را کاملاً کفایت می‌کرد و در عین جهانگشائی اساس جهانداری و تشکیلات دولت را نهاده بود در این کار یه‌لیو چوتسای خدمات بی‌نظیر به او کرد.

ظاهراً می‌توان گرانبهاترین میراث چنگیز را که برای فرزندان خود گذاشت سپاه مغول دانست، بنابر وصیت خان، اوگتای و جغتای و تولی لشکر اصلی را که سپاه مخصوص او محسوب می‌شد میان خود تقسیم کردند لکن همه در موقع تجهیز و تمرین و سان تابع اصول چنگیزخان بودند به علاوه فرزندان چنگیز با وجود

سوبوتای و سرداران دیگر مردانی داشتند که کاملاً قابل توسعه دادن به مملکت و ادامهٔ جهانگشائی بودند.

چنگیزخان این عقیده را درپسران و سرداران خود راسخ کرده بود که مغول فرمانفرمای طبیعی جهان است و کاملاً قوهٔ مقاومت دول معظمه را در هم شکسته بود و از این جهت اتمام کار چنگیز برای سرداران و فرزندانش نسبتاً آسان می‌نمود در واقع بایستی آنچه چنگیز کاشته است درو کنند.

در آغاز سلطنت اوگتای یکی از سرداران مغول جرماغون نام جلال‌الدین را مغلوب و مفقودالاثر کرد و همین سردار سلطهٔ مغول را در ممالک غرب بحر خزر مانند ارمنستان و غیره استوار ساخت در اثنا این احوال سوبوتای و تولی در جنوب شط هوانگ هو پیشرفت کاملی کرده بقیه چین را مطیع و منقاد ساختند. در سال ۱۲۳۵ میلادی اوگتای مجلس شورائی فراهم آورد و دومین موج جهانگشائی مغول به حرکت در آمد با توکه خان و رئیس لشکر طلایی یا آلتون اردو بود به اتفاق سوبوتای مأمور غرب و آفت ممالک اروپا شد و تا دریای آدریاتیک و دروازهٔ وین[۱] لشکر راند لشکرهای دیگر مغول در ممالک کره و چین و در جنوب ایران فتح‌ها کردند.

در سال ۱۲۴۱ که اوگتای وفات یافت این موج عقب نشست و سوبوتای دفعه دوّم هم از فتح تمام اروپا باز ماند زیرا که او را به مرکز مغولستان دعوت کردند.

تا ده سال پس از این تاریخ اضطراب حکمفرما بود خصومت در میان خاندان جغتای و اوگتای رو به شدت می‌نهاد مدت قلیلی کویوک بر تخت نشست و ظاهراً متمایل به مذهب نستوری عیسوی بوده و وزرای خود را از عیسویان اختیار کرد. یکی از وزراء او پسر یه لیو چوتسای بود این پادشاه در مقابل خیمه سلطنتی خود کلیسائی بنا نهاد پس از او سلطنت از خاندان اوگتای به خانوادهٔ تولی انتقال یافت و

---

۱. صلح و امنیت شرق اقصی موجب بدبختی اروپا شد، (آمِل رموزا) رجوع شود به یادداشت هشتم سوبوتای بهادر در حمله به اروپای مرکزی.

فرزندان او منگو و قوبیلای خان به پادشاهی رسیدند.[۱]

در این وقت سومین موج دریای جهانگشایی که پیش از سایر امواج انبساط یافت آغاز نهاد.

هولاکو برادر قوبیلا با مددِ فرزند سوبوتای به بین‌النهرین روی آورد، بغداد و دمشق را تسخیر کرد و دولت عباسیان را مضمحل ساخت و تا ظاهر بیت‌المقدس پیش آمد.[۲]

انطاکیه راکه اعقاب صلیبیون در تصرف داشتند سپاه مغول مسخر کرد در آسیای صغیر تا ازمیر پیش رفتند و تا قسطنطنیه یک هفته بیش راه باقی نبود.

تقریباً مقارن این اوقات قوبیلای سپاه خود رابه ژاپن فرستاد و سرحد ممالک خود را در مملکت مالِه و ماوراء تبّت و نواحی بنگاله پیش بردجهانداری او (از ۱۲۵۹ تا ۱۲۹۴) دوره طلایی‌دولت مغول محسوب می‌شود[۳] قوبیلای از آئین اجداد خود تجاوزکرده مقر سلطنت را در ختا مستقرگردانید و آئین و آداب چینی را بر رسوم مغولی ترجیح داد به مدارا و رفق حکمرانی کرد و با اقوام مغلوب به محبت و ملایمت رفتار نمود.

مارکوپلو سیاح از دربار این پادشاه شرح جالب توجهی به یادگارگذاشته است، انتقال پایتخت از صحرای مغولستان به ختا مقدمهٔ تجزیهٔ دولت مرکزی شد ایلخانان ایران که از اعقاب هولاکوخان بودند و با غازان خان به ذروه تعالی و ترقی رسیدند (۱۳۰۰) به قدری از خاقان مغول دور بودند که طبعاً هیچ تماسی با هم نداشتند. به علاوه ایلخانان ایران به سرعت دین اسلام را می‌پذیرفتند حال لشکر طلائی آلتون اردو هم که در جنوب روسیه استقرار داشت بر این منوال بود مغولانی که در خدمت

---

۱. رجوع شود به یادداشت چهاردهم آخرین دربار چادرنشینان.

۲. رجوع شود به یادداشت پانزدهم نوهٔ چنگیزخان در ارض مقدس.

۳. «قوبیلای بر کشوری سلطنت کرد که از قلمرو تمام سلاطین مغول بلکه از قلمرو هر یک از پادشاهان بزرگ عالم وسیعتر بود، اونخستین شهریاری بود از مغول که به وسایل آرام و ملایم حکمرانی کرد، شکوه دربار و جلال پایتخت او از حشمت و شوکت سلاطین مغرب زمین به مراتب بیشتر و درخشان‌تر بود» نقل از تاریخ قرون وسطی کامبریج، جلد چهار صفحه ۶۴۵.

قوبیلای بودند به دین بودائی گرویدند و پس از مرگ این نوه چنگیزخان جنگ‌های سیاسی و مذهبی بسیار رخ داد و دولت مغول به زودی به ممالک کوچک تجزیه شد.

در حدود سال ۱۴۰۰ میلادی جهانگشائی از ترک موسوم به تیمور لنگ آسیای مرکزی و ایران رابه یک دولت مبدل کرد و آلتون اردو را که از تأسیسات باتو پسر جوجی بود در هم شکست.

تا سال ۱۳۶۸ میلادی مغول بر چین تسلط داشت و در روسیه در سال ۱۵۵۵ آخرین قلعهٔ مغولان به دست ایوان گرودزنوی (Grodznol) ملقب به مهیب افتاد، در سواحل بحر خزر اخلاف مغول که ازبک‌ها باشند قدرتی داشتند مخصوصاً در زمان امارت شیبانی در حدود سال ۱۵۰۰ و بابر را که از اولاد چنگیزخان بود مجبور کردند که به هندوستان پناهنده شود و بابر سر سلسله سلاطین مغول کبیر است که سال‌ها بر هندوستان فرمانفرمائی کردند.

فقط در اواسط قرن هیجدهم ششصد سال بعد از تولّد چنگیزخان آخرین بازماندگان قوم مغول قلاع و استحکامات خود را ترک نمود آنگاه در هندوستان انگلیسی‌ها جانشین مغولان شدند و در شرق اقصی این قوم از سپاه امپراطور معروف چین کین لونگ (Kien lung) شکست خوردند.

خوانین تاتارکه درکریمه بودند رعیت کاترین بزرگ شدند و در این اوقات اردوی بدبخت کالموک یا تورقوت مرتع خود را در ساحل شط ولگا ترک کرده و بازگشت طولانی و دهشتناک خود را به جانب مشرق که مسقط‌الرّأس آنان بود شروع کردند. دوکنسی (De quincey) درکتابی که موسوم به فرار یک قبیله تاتار نوشته است این بازگشت را با بیانی جالب توجه شرح داده است.

اگر نظری به نقشهٔ جغرافیای اواسط قرن ۱۸ افکنده شود به خوبی می‌توان قرارگاه اخلاف سپاهیان چنگیزخان را معیّن کرد ناحیهٔ وسیعی که در فاصله دریاچه طوفان خیز بایکان و دریاچهٔ آرال واقع است در نقشه‌های آن زمان فقط تحت عنوان مملکت تاتار یا تاتارستان مستقل قید شده است، در میان سلسله جبال آسیای

مرکزی طوایف کرائیت و کالموت و مغول در حرکت بودند و از مراتع ییلاقی به چراگاه قشلاقی خود می‌رفتند و می‌آمدند این قبایل در چادرها (یورت‌های) خود می‌زیستند وگله و رمهٔ خود را از جائی به جائی می‌راندند بدون این که بدانند که این دره‌ها و دشت‌ها یک روز ژان کشیش آسیا را دیده است که به استقبال مرگ می‌شتافت و روز دیگر علم چنگیزخان را با ۹ دم گاومیش دیده است که برای نشر دهشت و رعب در سراسر عالم حرکت می‌کرده است.

باری دولت مغول به این منوال به پایان رسید رفته رفته تجزیه شد و قبایل و طوایف صحرانشینی که آن را تشکیل داده بودند مجدداً استقلال یافتند یک مشت چوپان وگوسفندان‌چران آرام و بی‌آزار در دشت‌هائی که مجمع جنگجویان بود قرار گرفتند.

از ترکتاز سریع و بی‌دوام سواران مغول تقریباً هیچ اثری باقی نمانده است قراقوروم که پایتخت بیابانی بود امروز در زیر امواج ریگ مدفون شده است، قبر چنگیزخان در یکی از بیشه‌های ساحل یکی از رودخانه‌های ولایت مسقط الراس او از نظرها مستور است، گنج و مالی که چنگیز در لشکرکشی‌های خود فراهم آورده بود در میان سواران و خدمتکارانش تقسیم شد اثری از قبر بورته که همدم ایّام جوانی چنگیز بود نمایان نیست دانشمندی در میان مغول نبوده است که سرگذشت زندگانی او را به صورت یک تاریخ و حماسه‌ای منظوم در آورد شرح فتوحات او را اکثر دشمنانش ثبت کرده‌اند.

چنگیز چنان ضربت قتالی به تمدن نصف جهان زد که بعد از او همه چیز را از نو بنیان نهادند، دولت خطا و ژان کشیش وکشور قراختائی و خوارزمشاهی را معدوم ساخت و پس از او خلافت عباسیان و سلطنت روسیه و تا حدی شوکت امراء لهستان به دست اخلاف او مضمحل شد وقتی که این وحشیان هول‌انگیز مملکتی مسخر می‌کردند تمام منازعات و مناقشات دیگر به پایان می‌رسید جریان حوادث آن مملکت چه خوب و چه بد از طریق معمول منحرف می‌شد و هرکس بعد از حمله مغول زنده می‌ماند از آرامش دائمی بهره‌مند می‌گردید.

منازعات خونین شاهزادگان بزرگ روسیه قدیم از قبیل ولادیمیر و سوسدال امیر تور (Tver) پس از حمله کبیر مغولی خاموش شد. اشخاصی که قبل از چنگیز شهرتی داشتند با ظهور او خیالی و شبحی بیش از آنان نماند سلطنت‌ها از هجوم مغول بر باد رفت و سلاطین عالم با دهشت و وحشتی دیوانه‌وار مرگ را استقبال کردند آیا اگر چنگیز در عالم نبود وضع دنیا چگونه بود؟ ما نمی‌دانیم.

امّا این نکته معلوم است که امنیت مغولی مثل امنیت رومی اسباب ترقی و تجدد فنون و علوم شد ملل یا بقایای ملل سابق در صلح و سکونی که پس از استقرار دولت مغولی عالم را فروگرفت با یکدیگر مخلوط شدند.

علوم و صنایع اسلامی تماماً به شرق اقصی انتقال یافت قریحهٔ اختراع و هنر جهانداری چینیان در ممالک غربی سرایت کرد در زمان پادشاهی مغولان در باغ‌های ویران بلاد اسلامی علما و صنعتگران ایجادیک دوره جدیدی کردند که اگر آن را نتوانیم عهد طلایی بخوانیم عصر نقره می‌توانیم بنامیم. قرن سیزدهم در تاریخ چین یکی از قرون برجسته است از لحاظ ادب و تیاتر و شکوه و جلال شهرها این دوره را در چین قرن یوان‌ها (Yuans) می‌گویند.

پس از آن‌که لشکر مغول از ممالک خارج شد و هر قومی استقلال جدیدی یافت یک حادثه‌ای افتاد که اگرچه طبیعی بود امّا کاملاً غیرمنتظره به نظر می‌رسید: در محل امارات امراء جنگجو و ستیزه‌کار روس دولت معظم ایوان کبیر پیدا شد و چین که مغول آن را در نخستین بار اتحاد بخشیده بود دولتی واحد تشکیل داد.

ظهور مغول و ممالیک که دشمنان آنها بودند فصل مفصل تاریخ صلیبیون را به پایان آورد. مدتی در ظل حمیت مغولان زوار عیسوی توانستند که بی‌تشویش به طواف بیت‌المقدس بروند و زوار مسلمان توانستند به زیارت معبد سلیمان رهسپار شوند واولین دفعه در این عصر کشیشان عیسوی به سیاحت شرق اقصی شتافتند و بیهوده در طلب مکان شیخ الجبل که موجب اتلاف لشکر صلیبیون شده بود برآمدند و همچنین به تحقیق احوال مملکت ژان کشیش و دولت ختا مشغول شدند.

از تمام این انقلابات و حوادثی که برای نوع بشر رخ داد ظاهراً مهمترین همه وقفه‌ای بود که در ترقی و توسعه دولت پیش آمد. پس از شکست لشکر ایران، بزرگترین قوای نظامی که می‌توانست از حمله مغولان جلوگیری نماید مضمحل شد و با ویرانی بغداد و بخارا تمدن‌های بزرگ اسلامی رو به زوال نهاد.

عربی که زبان عمومی علمای یک نیمهٔ جهان بود از اعتبار افتاد، ترکان به جانب مغرب رانده شدند و یکی از طوایف ترک معروف به عثمانی پس از چندی بر قسطنطنیه دست یافت یک نفر لاما (از روحانیون تبت) با کلاه سرخ در وقت تاجگذاری قوبیلای از تبّت دعوت شده و او سلسلهٔ روحانیون لهاسا را ازکوهستان آن ولایت به همراه خود آورد.

چنگیز مخرب، سدهای اعصار مظلمه را در هم شکست و طرق و شوارع خوب ساخت، اروپا با صنایع و فنون ختائی ارتباط یافت در دربار فرزندان چنگیز شاهزادگان ارمنی و بزرگان ایرانی دوش به دوش امرا روسی می‌نشستند به سبب افتتاح راه‌ها انقلابی در افکار عمومی رخ داد حس کنجکاوی شدیدی نسبت به اسرار شرق اقصی در مردم اروپا پیدا شد.

مارکوپلو پس از فرارو بروکیس سیاح به خان بالغ رفت، دو قرن بعد از این وقایع واسکودوگاما برای کشف راه دریایی هندوستان عزیمت کرد وکریستوف کلمب نه برای استکشاف امریکا بلکه برای رسیدن به مملکت خان کبیر رو به راه نهاد.

# یادداشت‌ها

## قتل‌عام‌ها

در این کتاب هنوز از آثار مرگباری که هم‌عنان لشکریان مغول بوده است چیزی نگفته‌ایم.

مورخان اروپایی و ایرانی و چینی راجع به کشتارهای مغول که ملل بزرگ را در ورطهٔ هلاک می‌افکند کاملاً سخن رانده و توصیفاتی به سزا کرده‌اند از این جهت ما در این کتاب از قتل عام‌های مغول مانند کشتاری که موجب انهدام شهر کیو (Kiev) شد سخنی نگفتیم این شهر را که دارای برج و باروی قدیم از آثار بیزانس بود به مناسبت گنبدهای زرینی که داشت مغول‌ها به نام شهر زرین سران می‌خواندند در آن شهر پیران کشته، دختران بی‌عصمت، اطفال چون جانوران صید شدند و طاعون و قحط نیز متمم ویرانی و بدبختی گشتی تعفن اجساد کشتگان چنان طاقت‌فرسا بود که خود مغولان هم از این نقاط گریخته آنجا را موبالیغ (بیت الاحزان) نامیدند.[۱]

اشخاصی که در تاریخ فحص و مطالعه می‌کنند این کشتار بی‌نظیر افراد انسانی را مخصوصاً طرف توجه قرار داده کیفیت تجدید حیات مردمان را پس از این اضمحلال خطیر نصب‌العین خویش خواهند ساخت. ضربتی را که مغول به تمدن عالم وارد کرد و چنگیزخان علت حقیقی آن بود مولفان تاریخ قرون وسطی در

---

۱. در جهانگشای جوینی ص ۱۰۵ جلد اول می‌نویسد: ماو و بالیغ فارسی آن دیه بد باشد. (مترجم).

کمبریج به این عبارت شرح داده‌اند.

«از آنجا که حیات در چشم مغولان هیچ ارزشی نداشت بر صحاری وسیعه و بیابان‌های دهشت‌انگیز و سدهای کوهستانی و دریاهای پهناور و صورت سرماو حملهٔ قحط و طاعون غالب آمدند، هیچ خطری آنان را باز پس نمی‌نشانید و هیچ قلعه‌ای در مقابل آنان مقاومت نمی‌ورزید و هیچ زاری و استغاثه‌ای در قلب آنان اثر نمی‌بخشید.

ما خود را در برابر یک قوهٔ جدیدی در تاریخ می‌یابیم که مانند ظهور رجال‌الغیب ناگهان پا به عرصهٔ نمایشگاه جهان نهاده حوادث و وقایع بسیاری را بغتاً خاتم داد که اگر این ظهور غیرمترقب نمی‌بود راه‌حلی برای آن مناقشات به تصور نمی‌رسید و ممکن بود سال‌ها دنباله پیدا کند و به جائی منتهی نشود.»

این قوه جدید تاریخی با خروج چنگیزخان شروع و با افول نوهٔ اوقوبیلای ختم شد و بعد از این تاریخ که دولت مغول رو به تجزیه نهاد نظیر آن قوه هنوز در عالم ظاهر نشده است.

در این کتاب ما ابداً سعی نکرده‌ایم که چنگیزخان را بستائیم یا او را در خون غرق کنیم و همه جا این نکته را رعایت کرده‌ایم که مأخذ اطّلاعات ما اقوال اروپائیان و ایرانیان و شامیان و چینیان است که همه از دست مغول دلی پرخون داشته‌اند. قیصر روم شخصاً سرگذشت فتح مملکت گل را نوشته است و اسکندر کبیر مورخانی چون آرّین و کنت کورس داشته است.

اگر چنگیزخان را در خانواده و دربار خود ملاحظه کنیم می‌بینیم نه فرزندی از فرزندان و نه وزیری از وزیران و نه سرداری از سرداران خود را هلاک نکرده است با این که پسرش جوجی و برادرش قسّار مکرر موجبات سیاست‌رانی او را فراهم کردند و اگرچه اعدام سردارانی که در جنگ پشت به دشمن کرده بودند در آئین مغولی چندان غریب و موجب ملامت نبود چنگیز هیچ وقت چنین فرمانی صادر

نکرد ایلچیان و رسولان همهٔ ملل عالم به درگاه او آمده صحیح و سالم به اوطان خود بازگشتند و جز در مواقع فوق‌العاده هیچ اسیری را به یاد نداریم که بر حسب امر او شکنجه و عذاب کرده باشند.

چنگیزخان اقوام جنگجوی مجاور خود را مانند مردم کرائیت و اویغور و لیائوتونگ و مردان آهنین با محبت تلقی کرد و فرزندانش با ملل ارمنی و گرجی و صلیبیون ساکن فلسطین مهربانی کردند چنگیز سعی داشت که هر چه برای خود و قومش مفید است نگاهدارد و باقی را معدوم کنند و هر قدر از ولایت خود دور و به مراکز متمدنه نزدیک‌تر می‌شد این اعدام و تخریب عام‌تر و شامل‌تر می‌شد.

تاریخ‌نویسان جدید تازه دریافته‌اند که چرا این اضمحلال بی‌نظیر حیات و آثار بشری چنگیزخان را مورد لعن و دشنام مسلمانان قرار داده و کیاست و فطانت فوق‌العاده‌اش او را محل ستایش بودائیان کرده است.

از آنجا که چنگیزخان نه مثل محمد پیغمبر اسلام (ص) برای مقصود دینی با کفار عالم سر جنگ داشت و نه مثل اسکندر و ناپلئون برای کسب عظمت شخصی یا پیشرفت نقشهٔ سیاسی پای در عرصهٔ کارزار گذاشت ما در حق او به اشتباه افتاده‌ایم حل اشکال و کشف سرّ در خصال ساده و اخلاق ابتدائی مغولان است.

چنگیزخان از روی کرهٔ زمین هر چه را برای اولاد و اقوام خویش آرزو داشت گفت و چون وسیلهٔ دیگر نمی‌شناخت به جنگ متوسل شد و آنچه را که مطلوبش نبود معدوم ساخت زیرا که مورد استعمالی برای آنها نمی‌دانست.

## قوانین چنگیزخانی

۱ـ فرمان می‌دهیم که به وجود خدای واحد خلاق زمین و آسمان یگانه معطی مختار حیات و مرگ و توانگری و درویشی و قادر و قاهر بر همه چیز اعتقاد داشته باشید.

۲ـ رؤسای دینی وعاظ وکشیشان و آنان که خود را وقف اعمال مذهبی کرده‌اند و موذنان مساجد و طبیبان و غسالان از خراج باید معاف باشند.

۳ـ هرکس شاهنشاه بخواند کسی راکه به رأی شاهزادگان و خوانین و سرداران و سایر اعیان مغول در مجلس عمومی مشاوره به این مقام انتخاب نشده باشد مستوجب اعدام خواهد بود.

۴ـ رؤسای ملل و طوایف تابعهٔ مغول از داشتن عناوین و القاب ممنوعند.

۵ـ صلح کردن با پادشاه یا امیر یا قومی که مطیع نشده باشد ممنوع است.

۶ـ قانونی که افراد قشون را به دسته‌های ده و صدهزار و ده‌هزار نفری تقسیم می‌کند باید کاملاً رعایت شود فایدهٔ این تشکیلات تجهیز لشکر در مدتی قلیل و تعیین وحدات است.

۷ـ به محض شروع جنگ هر یک از سپاهیان باید اسلحهٔ خود را از دست صاحب‌منصبی که مستحفظ آن است بگیرد و سلاح را به خوبی نگاهدارد و قبل از

مصاف آن را به معاینهٔ رئیس خود برساند.

۸- غارت کردن دشمن قبل از صدور اجازه از مقام ریاست کل خطائی است مستوجب اعدام لکن پس از رخصت افراد با صاحب‌منصبان در حقوق تفاوتی نخواهند داشت و حق دارند که هر چه به دست آورده‌اند برای خود نگاهدارند به شرط آن که سهم معیّن را به تحصیلدار خاقانی بپردازند.

۹-برای تمرین افراد سپاه در هر زمستان شکار بزرگی ترتیب داده خواهد شد به این سبب ممنوع است که کسی در سراسر مملکت از فروردین تا آبان ماه گوزن و غزال و بزکوهی و خرگوش و گور خر و بعضی طیور را شکار کند.

۱۰-بریدن گردن حیواناتی که مخصوص خوردن هستند ممنوع است صیّاد باید آن حیوان را بسته و سینه‌اش را شکافته به دست خود قلبش را بیرون بیاورد.

۱۱- خوردن خون و احشا حیوانات که سابقاً ممنوع بود از این پس مجاز است.

۱۲-(صورتی از امتیازات و اختصاصات رؤسا و سرداران دولت جدید)

۱۳-هر کس به میدان جنگ نرود باید تا مدتی بی‌مزد برای دولت کار کند.

۱۴-مرتکبین به سرقت یک اسب یا یک گاو یا اشیائی که همین قیمت را داشته باشد محکوم به مرگ می‌شوند و جسد آنان را باید دوپاره نمود. سارقین اشیایی که این ارزش را ندارد به تناسب قیمت مستوجب هفت یا هفده یا بیست و هفت یا هفتصد ضرب چوب خواهند بود لکن برای احتراز از این تعذیب بدنی ممکن است با تأدیهٔ ۹ برابر قیمت اموال مسروقه خود را معاف کنند.

۱۵- هیچ یک از اتباع دولت خاقانی نمی‌توانند یک نفر مغول را به ملازمی یا غلامی خود ببرند تمام افراد به استثنای معدودی باید در خدمت نظام باشند.

۱۶-برای جلوگیری از فرار غلامان بیگانه مقرر است که دادن پناه و غذا و لباس به آنان مستوجب اعدام خواهد بود هر کس غلامی گریخته را ببیند و او را نزد مالکش نیاورد به همین طریق مجازات خواهد شد.

۱۷ـ مطابق قانون ازدواج هر مردی باید زن خود را بخرد مواصلت در میان اقوام درجه اول و ثانی ممنوع است.

گرفتن دو خواهر و داشتن چندین صیغه حلال است، زنان باید به نگهداری مال و اثاثه خانه پرداخته به میل خود بیع و شری نمایند مردان نباید همّ خود را مصروف کاری غیر از شکار و جنگ بکنند اولاد نخستین زن بر سایر اولاد رجحان دارند و وارث تمام دارایی می‌شوند.

۱۸ـ زنا مستلزم قتل است و زانی را می‌توان بی‌درنگ هلاک کرد.

۱۹ـ اگر دو خانواده آرزوی مواصلت با یکدیگر دارند و اطفالشان صغیر است می‌توان عقد مزاوجت را در میان کودکان جاری کرد، مشروط بر این که یکی از اطفال پسر و دیگر دختر باشد اگر اولاد مذکور مرده باشند همچنین می‌توان عقد مزاوجت و مواصلت را جاری نمود.

۲۰ـ در موقع طوفان و باد و باران غسل یا شستن لباس در رودخانه ممنوع است.

۲۱ـ جاسوسان و شهود کاذب و مرتکبین اعمال زشت و جادوگران محکوم به هلاک هستند.

۲۲ـ صاحب‌منصبان و سردارانی که به وظایف خود عمل نکنند یا دعوت خان را اجابت ننمایند باید به قتل برسند، خاصه در ولایات دوردست. اگر خطای آنها سنگین نباشد باید شخصاً به حضور خان بیایند.

این بود نمونه‌ای از قوانین چنگیزی که ما از کتاب پتی دولاکروا[1] نقل نمودیم. مؤلف گوید مجموعه کامل یاسای چنگیزخانی را نتوانستیم به دست بیاوریم و این بیست و دو ماده را از منابع مختلفه جمع آوردیم از قبیلِ تواریخ ایرانی و سیاحتنامه فراروبروکیس و کارپن. بنابراین صورت مواد فوق ناقص و مأخوذ از منابع خارجی است.

1. Petis de la croix

علت وضع ماده دهم گویا رسوم و خرافاتی بوده است که در باب طرز کشتن شکارهای خوراکی در میان مردم جریان داشته است ماده یازدهم ظاهراً برای تهیه وسیله ارتزاق در هنگام قحطی وضع شده است ماده دوازدهم راجع به آب و رعد و برق است و فراروبروکیس شرح آن را چنین بیان می‌کند مراد از وضع این ماده منع مغول‌ها بود از غرق شدن در رودخانه‌ها و دریاچه‌ها زیرا که از رعد و برق وحشت فوق‌العاده داشتند و از ترس خود را به آب می‌افکندند.

پتی دولاکروا می‌نویسد که تیمور لنگ یاسای چنگیزی را کاملاً به اجرا می‌گذاشت و بابر مؤسس مغولان هند می‌گوید: «اجداد و خانواده من همیشه قوانین چنگیزی را چون احکام دینی واجب‌الرعایه دانسته‌اند. در محافل و مجالس رسمی و اعیاد و بزم‌ها و در نشست و برخاست هرگز بر خلاف مقررات چنگیز رفتاری نکرده‌اند» رجوع شود به احوال بابر امپراطور هندوستان چاپ ارسکین و لیدن ۱۸۲۶ ص ۲۰۲.

## ژان کشیش آسیا

در نیم قرن دوازدهم خبری در اروپا منتشر شد که پادشاهی عیسوی در آسیا موسوم به «ژان کشیش سلطان ارمنستان و هندوستان» به فتوحات عظیمه نایل آمده است. تحقیقات اخیر ما را مطلع می‌سازدکه خبر فتوحات یک پادشاه عیسوی در مشرق بیت المقدس مربوط به ژان امیر بزرگ گرجستان است که در قفقاز بر مسلمانان فایق آمده بود و این نواحی را مردم آن زمان با ارمنستان و هندوستان اشتباه می‌کرده‌اند.

مردم به خاطر آوردند که پادشاهان مجوس (عهد عیسی) هم از این مملکت برخاسته بودند و چون در آن عهد به واسطه جنگ‌های صلیبی و احکام جهاد تمام اروپا در حال هیجان بود این قصه سلطان عیسوی شرق اقصی در افواه افتاد و

انبساطی فوق‌العاده یافت عیسویان نستوری که از ارمنستان تا ختا پراکنده بودند مصلحت آن دیدند که نامه‌ای به پاپ اسکندر ثالث بفرستند و چنان وانمایند که از جانب ژان کشیش آسیا است. در این نامه شروح مفصل از حشمت و جلال و شکوه و اقبال پادشاهی مطابق ذوق مردم قرون وسطی مندرج بود: مثلاً عرض سپاه در صحرا و بدرقه آمدن ۷۰ پادشاه و سان دیدن حیوانات عجیب موهومه و بنا کردن یک شهر در روی ریگ بالجمله یک خلاصه کاملی از افسانه‌ها و روایات متداوله زمان را در این نامه نگاشتند.

در این روایات چیزی که حقیقت داشت مربوط به وانگ‌خان پادشاه قوم کرائیت بود که اکثر مذهب عیسوی نستوری داشتند (نسوری‌ها پادشاه خود را اُونگ‌خان ung khan یا «پادشاه ژان» می‌خواندند) شهر قراقوروم متعلق به وانگ‌خان در واقع قلعهٔ محکم و پناهگاه نستوریان آسیا محسوب می‌شد که دیرزمانی از آن غفلت داشتن این شهری بود در بیابان و شهریار آن هم امپراطوری محسوب می‌گشت که چند سلطان را تابع خود کرده بود، در بعضی تواریخ هم ذکری از عیسوی شدن یکی از پادشاهان (کریت) کرده‌اند مارکوپلو سیاح وانگ‌خان را با ژان کشیش که قصه‌اش در افواه منتشر بود تطبیق کرد.[1]

## قوهٔ لشکر مغول از حیث عدد

یکی از خطاهای طبیعی و عمومی مورخان این است که اردوی مغول را گروهی غیرمنظم معرفی کرده‌اند. حتّی دکتر استانلی لین‌پول که از علمای تاریخ معاصر و مردی معروف است از لفظ «بی‌نهایت» مورخان به اشتباه افتاده و در حق چنگیزخان گوید: «قبایل صحرانشین چون ریگ ساحل دریا بی‌شمار و از پی او روان

---

۱. رجوع شود به سیاحتنامه مارکوپلو جلد اول صفحه ۲۳۰ تا ۲۳۷، همچنین رجوع شود به افسانه‌های قرون وسطی تألیفِ بارینگ گولد Baring gould

بودند» ترکیه (تواریخ ملل).

اطّلاعات ما امروز راجع به تاریخ مغول خیلی بیش از مانیوپاریس و کشیشان قرون وسطی است و به تحقیق می‌دانیم که اردوی چنگیزی مثل قبایل هون گروهی صحرانشین نبوده بلکه نظم و ترتیب لشکرهای مرتب را داشته است عدهٔ قسمت‌های مختلف اردو را سر هانری هاورث به این طریق ذکر کرده است.

| | |
|---|---|
| گارد خاقان | ۱۰۰۰ |
| قلب سپاه تحت فرماندهی تولی | ۱۰۱۰۰۰ |
| جناح راست | ۴۷۰۰۰ |
| جناح چپ | ۵۲۰۰۰ |
| سایر قوای فرعی | ۲۹۰۰۰ |
| جمع | ۲۳۰۰۰۰ |

ظاهراً تشکیلات اردوی چنگیز هنگام حملهٔ به شاه ایران و ممالک غربی به این ترتیب بوده است، به عبارت اخری این صورت مربوط به بزرگترین لشکرهایی است که چنگیز فراهم نمود قوای فرعی عبارت بودند از ده هزار تن ختائی و عشایر بدیقوت و اویغور واتباع خان المالیغ[1] لکن خان این دو طایفهٔ اخیر را در آغاز مهاجمه به مساکن خود باز پس فرستاد.

لئون کاهون که از علمای متبحر و معروف است می‌نویسد که عده صحیح قوای واقعی هر یک از لشکرهای مغول از ۳۰۰۰۰ نفر تجاوز نمی‌کرده است سه لشکر در این جنگ وارد میدان شد به علاوه بیست هزار نفر از اتباع جوجی و متحدین او بنابراین حساب در هجوم به ایران جمع کل قوای چنگیز به ۱۵۰۰۰۰ نفر می‌رسیده و طبیعی است که بیش از این عده ممکن نبود در سرمای سخت کوهستان آسیای مرکزی تاب مقاومت بیاورد و بتواند وسایل زندگی تهیه کند.

---

۱. رجوع شود به صفحه ۳۱ جلد اول جهانگشا یادداشت راجع به المالیغ (مترجم). چاپ دنیای کتاب

از طرفی اطّلاع داریم که اردوی چنگیز در هنگام وفات او مرکب بوده است از چهار لشکر و گارد خاقانی که جمعاً به یکصد و سی‌هزار نفر بالغ می‌شده است مجموع نفوس صحرای گوبی را هم می‌توان تخمیناً سه کرور دانست از این عده قریب دویست‌هزار مرد جنگی ممکن بود فراهم آورد. بریگادیه ژنرال سرپرستی سایکس در کتاب خود موسوم به ایران راجع به مغول می‌نویسد: «عدداً ضعیف بودند لکن در مسافت چندهزار فرسنگ از مرکز خود با خصم مصاف می‌دادند.»

مورخان اسلامی آن عصر که بر حسب عادت راه مبالغه می‌پیموده‌اند عدهٔ مغول را ۵۰۰۰۰۰ الی ۸۰۰۰۰۰ تن ثبت کرده‌اند لکن تمام صاحبان تاریخ که معتبر و موثق هستند اتفاق دارند که چنگیزخان از سال ۱۲۱۹ تا ۱۲۲۵ میلادی ممالک میان تبت و دریای خزر را با صدهزار نفر سپاه فتح کرد و ممالک میان شط دنیپیر و دریای چین را فقط با ۲۵۰۰۰۰ نفر به حیطه تصرف در آورد و ظاهراً از این عده یک نیمه مغول اصلی بوده است بعضی از اصحاب تاریخ می‌نویسند که در آخر جنگ‌ها قریب ۵۰۰۰۰ نفر از ترکمانان به لشکر او ملحق شدند گروهی از وحشیان دشت قبچاق به سپاه جوجی پیوسته بودند در چین اسلاف اهالی کره و منچوری امروز در تحت لوای مغول به جنگ اشتغال داشتند.

در عهد اوگتای قبایل دیگر از ترکان آسیا به لشکر مغول پیوستند و مغولان آنها را اجازهٔ جنگ دادند اکثر افراد سپاه سوبوتای و باتو که به فتح اروپای شرقی موفق شدند از این ترکان بودند مسلماً سپاه اوگتای از یک کرور افراد جنگی مرکب بوده و منگو و قوبیلای نواده‌های چنگیز این عدد را مضاعف کردند.

## نقشهٔ مهاجمات مغول

اردوی چنگیز هنگامی که به مملکتی روی‌آور می‌شد تابع نقشه معینی بود این طریقه همواره قرین پیشرفت می‌شد تا زمانی که سپاه ممالیک در سنهٔ ۱۲۷۰

میلادی لشکر مغول را که به جانب مصر حمله‌ور بود در بیابان شام جلو گرفت.

۱ـ قوریلتای یا انجمن مشاوره عمومی در اردوی مرکزی خاقان تشکیل می‌شد تمام سرداران بزرگ به استثنای آنان که اجازه داشتند در سر خدمت خود بمانند بایستی در این انجمن حضور بیابند آنگاه شروع به بحث و شرح واقعه می‌کردند و نقشه جنگ را طرح می‌ریختند، طرق و معابر را معلوم و هر فوجی را به کاری مأمور می‌کردند.

۲ـ جاسوسان به هر جانب می‌فرستادند و اشخاصی را که ممکن بود اطّلاعی بدهند با خود می‌آوردند.

۳ـ از چندین جهت به مملکت دشمن رو می‌نهادند لشکرها از هم جدا و هر یک دارای سرداری بودند که به جانب مقصدی معیّن می‌راند و هر قسم می‌خواست در حمله به خصم و غیره عمل می‌کرد لکن بایستی همواره با اردوی مرکزی خان یا اورخان ارتباط داشته باشد.

۴ـ لشکرهای مجزا در برابر حصارها و شهرهای محکم فوجی می‌گماشتند و باقی افواج را به خرابی و تاخت و تاز نواحی می‌فرستادند هر چه آذوقه به دست می‌آمد جمع می‌کردند و اگر گمان می‌رفت که جنگ طول خواهد کشید فرودگاه مناسبی برای لشکر تعیین می‌نمودند. نادر اتفاق می‌افتاد که مغول شهر مستحکمی را ناگشوده بگذارد و بگذرد. اغلب آن حصار را یک یا دو تومان سپاه احاطه کرده و محبوسین و اسرا و آلات قلعه‌گیری را به کار می‌انداختند و بقیه لشکر راه خود را پیش گرفته جلو می‌رفت.

هنگام مقابله با سپاه دشمن در میدان جنگ مغولان از دو طریق مخصوص دست به کار می‌زدند.

اگر ممکن می‌شد در ظرف یک شبانه‌روز به شتاب تمام پیش رفته و دشمن را بی‌خبر فرو گرفته و یک یا دو فوج در ساعت معیّن در نقطه‌از میدان صف‌آرائی

می‌کرد. در سال ۱۲۴۱ در حوالی پست (Pesth) با سپاه هنگری همین معامله را کردند امّا اگر این کار امکان‌پذیر نبود لشکر مغول حرکت معروف به تولوقمه یا (حرکت انحنائی بیرق) را به کار انداخته تمام سپاه خصم یا جناحی از آن را محصور می‌ساخت.

خدعه‌های دیگر هم می‌دانستند مثلاً خود را فراری و مغلوب وانمود کرده و چندین روز پس می‌نشستند تا این که قوای دشمن متفرق یا مطمئن می‌گشت آنگاه مرکب‌ها را عوض کرده باز می‌گشتند این مانور جنگی موجب شکست فاحش اردوی روس در ساحل شط دنیپر گردید.

غالباً در این عقب‌نشینی مزورانه طوری جناحین خود را منبسط و گسترده می‌کردند که دشمن بدون این که ملتفت شود محصور می‌شد. اگر بعد از احاطه می‌دیدند که دشمن از جان گذشته و سخت می‌جنگد فرمان می‌دادند که قسمتی از قشون راه بدهد و خصم را بگذارد که بگریزد.

گریختن همان و از پی گریختگان تاختن همان بود. در جنگ بخارا مغولان به این وسیله متوسل شدند.

اغلب این خدعه‌ها و وسیله‌ها را ترکان عهد قدیم که قومی باهوش بودند بکار می‌بردند مخصوصاً هیونگ نو (Hioung-nou) نژاد قسمتی از مغول هم به آنان می‌پیوست. مردم ختا عادت داشتند که به وسیله ستون‌های سواره نظام حمله می‌کردند و چینی‌های اصلی قواعد سوق الجیش را می‌دانستند البته چنگیز از این تجارب استفاده می‌نمود امّا آنچه به شخص خودش اختصاص داشت تصمیم تردیدناپذیر و موهبت بی‌نظیر اقدام به موقع و تمرِین سخت و انتظام آهنینی بود که به افراد سپاه خود می‌داد.

«چینیان می‌گفتند که چنگیز سپاه را مانند خدا سوق می‌دهد.»

حرکت دادن لشکرهای گران در مسافات بعیده بدون دشواری ظاهر و تدبیری

که در دادن چندین مصاف در یک وقت به کار می‌برد و نقشهٔ جنگی که در ممالک ناشناخت به موقع اجراء می‌گذاشت با هوشیاری و بیداری و عدم التفات به تردید و تزلزل خیال و عدم اعتناء به احتیاط فوق‌العاده و همچنین قلعه‌های محکمی که مسخر می‌ساخت و فتوحاتی که نظیر فتح استرلیتز (ناپلئون) برای او میسر شد تمام اینها را چون جمع کنیم می‌بینیم که اگر بر مجموع لشکرکشی‌ها و فتح‌های اروپائیان رجحان نداشته باشد لااقل با تمام آنها مساوی است.

این بود بیان ملخصی که دمتریوس بولژر[1] در وصف استعداد نظامی مغولان در تاریخ مختصر چین نگاشته است (صفحه ۱۰۰)

## مغولان و باروت

ما از اختراعات چینیان قبل از آن که چنگیزخان و سپاه او این مملکت مسدود را بگشایند و موجب آسانی دخول و خروج شوند معلومات بسیار مختصر داریم بعد از این واقعه یعنی پس از ۱۲۱۱ مکرر از وجود باروت در چین اخباری مسموع شده است که آن را در هوپائو یا آتش افکن بکار می‌برده‌اند.

در شرح یکی از قلعه‌گیری‌ها نوشته‌اند که هوپائو می‌سوخت و برج‌های چوبی را منهدم می‌ساخت و غرش باروت در آتش‌افکن‌ها «شبیه به غرش رعد بود و از مسافت یکصد لی[2] به گوش می‌رسید» و این مقدار مسافت مساوی با چهل و هشت کیلومتر است و به نظر مبالغه می‌آید. به مناسبت شرح محاصره کایفونگ در ۱۲۳۲ یکی از وقایع نگاران چین می‌نویسد: «چون مغولان زمین راکنده خود را از دستبرد گلوله ما در مأمن قرار داده بودند به وسیله زنجیرآلات آتش‌افکن را که موسوم به چین تین لی است در مکان اختفای آنان داخل کردیم در آن جا منفجر شده مردان و

---

1. Demetrius boulger

۲. مقیاس چینیان است و تقریباً معادل ۵۷۶ گز است.

سپرهای آنان را پاره پاره کرد.»

باز در عهد قوبیلای خان مورخی می‌نویسد: «امپراطور فرمان داد که یک توپ آتشی بیندازند غرش و انفجار موجب دهشت و رعب عظیم دشمن شد.»

دکتر هربرت گاون معلم اونیورسیته واشنگتن در یکی از ماخذ ژاپنی قرن ۱۴ شرح ذیل را راجع به این آلت جنگی مغول یافته است: «گلوله‌های آهنینی گوی‌وار افکنده شد غرش آن شبیه چرخ‌های ارّابه‌ای بود که از سراشیبی تندی فرود بیاید و روشنائی داشت مثل برق.»

مسلم است که چینی‌ها و مغول‌ها خواص احتراق باروت را می‌شناخته‌اند و همچنین معلوم است که آتش‌افکن‌های آنان برای سوزاندن یا مرعوب کردن دشمن به کار می‌رفته است مغولان طریقه ریختن توپ را نمی‌دانسته‌اند و در ساختن گلوله هم دستی نداشته‌اند در جنگ‌ها به آلات قدیمه سنگ اندازی که با طناب و وزنه و اهرم به حرکت می‌آمد متشبث می‌شدند همین مغولان در فاصله سال ۱۲۳۸ و سال ۱۲۴۰ اروپای مرکزی و لهستان را مورد تاخت و تاز خود قرار داده‌اند کشیش آلمانی معروف به شوارتزکه مخترع باروت محسوب می‌شود در این وقت زنده و در عرض راه لشکر مغول واقع بود بنابراین ممکن است گفت که این سرّ را از مغولان یافته است (اما برای آن که نسبت به این شخص حقگزار باشیم باید بگوئیم محقق نشده است که مغول در اروپا باروت استعمال کرده‌اند یا نه همین قدر معلوم است که تجار دائماً با این طایفه داد و ستد کرده و به شهرهای اروپایی باز می‌گشته‌اند.»

امّا کشیش دیگر موسوم به روژر باکن (Roger bacon) او نیز اگر باروت اختراع کرده است برای مصرف عمومی نبوده فقط خواص محترقه این ماده را کشف نموده و از رسول سن لوئی فراروبروکیس که نزد خان مغول رفته بود اطّلاعاتی به دست آورده است روژرباکن درکتاب اپوس ماژوس در باب کتاب فراروبروکیس گوید: «این کتاب را من دیده و با مولف آن سخن رانده‌ام» (در جواب این مطلب می‌توان گفت

که فراروبروکیس هیچ اشاره درکتاب خود به باروت نکرده و در شرح توقف ۶ ماهه که در دربارخان مغول کرده از این مطلب سخن نرانده است) به علاوه باکن اولین بار که ذکری از ترکیبات باروتی و خِواص شوره وگوگرد می‌کند قدری بیش از مراجعت فراروبروکیس است.

نکته غریب این است که این دو نفر که معروف به اختراع باروت هستند در ۷۵ سالگی زندگی می‌کرده‌اند که اذهان عامه اروپاییان متوجه حمله مغول و طالب اختراع آلات و اسباب جنگی شبیه به اسلحه خصم بوده‌اند و این دو نفر هم ارتباطی با مغول داشته‌اند به علاوه هر کس آزاد است که این نکته را به میل خود تعبیر کند.

آنچه محقق است این است که آلات ناری نخستین باری که در آلمان دیده شده زمان شوارتز کشیش بوده است توپ به زودی تکمیل و استعمال آن به سرعت در اروپا معمول گشت و از طریق اسلامبول و به وسیله قوم ترک استعمال آن در آسیا هم متداول گشت، مثلاً بابر که جد سلاطین مغولی هند است در ۱۵۲۵ توپی داشته که چند تن رومی آن را به کار می‌برده‌اند و اولین توپ فلزی را طایفهٔ ژزوئیت در چین ریخته‌اند (قرن ۱۷)

از عجایب این است که در ۱۵۸۱ قزاق‌های روس تفنگ‌های سبک علمی داشته و به مملکت تاتارها حمله برده‌اند امّا خود آسیائی‌ها یک توپ خالی را می‌کشیده‌اند و طریق استعمال آن را ندانسته منتظر بوده‌اند که خود به خود بر قزاق‌ها آتش‌افشانی کند.

خلاصه آنکه چینی‌ها باروت را اختراع کرده وبه خواص محترقه آن خیلی پیش از شوارتز و باکن پی برده‌اند امّا آن راکمتر در جنگ کار می‌بسته‌اند ولی آیا اروپائیان استعمال باروت را از چین آموخته‌اند یا خود به کشف آن دست یافته‌اند قابل بحث است محققاً اولین توپ قابل استعمال را اروپائیان ساخته‌اند.

شاید هیچ وقت حقیقت این امر مکشوف نشود و سزاوار توجه است که بعضی از مورخان شرحی راجع به دهشت مردم اروپا از دود و آتشی که مغول هنگام جنگ بر می‌انگیخته‌اند نگاشته‌اند، ممکن است مراد از این آتش حیله‌ای باشد که مغول‌ها می‌کردند و گیاه خشک صحرا را آتش زده می‌گریخته‌اند و چون دود بر می‌خاسته است در پشت آن خود را پنهان نموده پیش می‌آمده‌اند ولی بیشتر احتمال می‌رود که مقصود باروت باشد که مغول در قاروره‌های خود محترق می‌ساخته‌اند کارپن اشاره راجع به بعضی آلات آتش‌انداز می‌کند که آن را به وسیله دم مشتعل می‌کرده‌اند.

در هر حال پیدایش دود و آتش در اردوی مغول مورّخین اروپایی قرون وسطی را معتقد کرد که مغول قومی از شیاطین هستند.

## حملهٔ سوبوتای بهادر به اروپای مرکزی

مغولان و اروپائیان در زمان حیات چنگیزخان زورآزمائی نکردند شروع مصاف آنان بعد از مجلس مشاوره سال ۱۲۳۵ در عهد خانی اوگتای اتفاق افتاد.

این است خلاصه حوادثی که رخ داد:

باتو فرزن جوجی با اردوی زرین به جانب مغرب روان شد تا ممالکی را که سوبوتای در سنه ۱۲۲۳ لگدکوب اسبان خود کرده بود بگشاید از ۱۲۳۸ تا پائیز ۱۲۴۰ باتو «امیرصاحب شکوه» بر طوایف وُلگا و بلاد روسیه و دشت‌های غرب دریای سیاه حمله برد عاقبت بر شهر کیو دست یافت و افواجی به غارت مملکت لهستان یا روتیناگسیل داشت در آن عهد لهستان به چندین ولایت تقسیم شده بود.

هنگامی که در ماه مارس ۱۲۴۱ برف کوهستان شروع به آب شدن کرد سپاه مرکزی مغول در شمال جبال کارپات در فاصله شهر کیو و محلی که امروز شهر لمبرگ در آن واقع است استقرار یافت. سوبوتای که جان لشکر محسوب می‌شد با

دشمنان ذیل سر و کار داشت:

در برابر او بولسلاس پادشاه لهستان قشونی تجهیز کرده و در سمت شمال در سیلزی هانری (مقدس) لشکری فراهم آورده بود مرکب از مردم لهستان و باویر و شوالیه‌های توتونی و تامپلیه‌ها که برای دفع وحشیان از فرانسه داوطلب شده و آمده بودند پادشاه بوهم در مسافت ۱۵۰ کیلومتر پشت سر بولسلاس سپاهی بزرگتر از دیگران در اختیار داشت که از جانب اتریش و ساکس و براندبورک به او مدد می‌رسید.

در جبهه یسار اردوی مغول میسلاس گالیسی و سایر امرا وسایل مدافعه از ولایات خود را فراهم می‌کردند که در کوهستان کارپات واقع بود در مسافت دورتری در همان سمت مجارها و هنگری‌ها که قریب ۱۰۰هزار نفر بودند در ماوراء کوهستان کارپات اجتماعی داشتند ریاست آنها با پادشاه موسوم به بلای چهارم بود.

اگر باتو و سوبوتای به سمت جنوب توجه می‌کردند و داخل هنگری می‌شدند سپاه لهستان را در پشت سر خود می‌گذاشتند و اگر رو به مغرب نهاده به مبارزه لهستانی‌ها می‌شتافتند قشون هنگری جناح آنها را تهدید می‌کرد.

سوبوتای و باتو کاملاً از اوضاع جغرافیایی و سیاسی ممالک اروپا اطّلاع داشتند و جاسوس‌ها آنها را قبلاً آگاه کرده بودند بالعکس پادشاهان مسیحی ابداً از احوال و حرکات اردوی مغول خبری نداشتند.

باتو بدون این که اعتنایی به مرداب‌های کنار پریپت و جنگل‌های مرطوب سلسله کارپات بکند به محض این که زمین قدری خشک شد به راه افتاد سپاه خود را چهار دسته کرد قوی‌ترین آنها را به دو تن از سرداران نامی و مطمئن که نوادهٔ چنگیزخان بودند یعنی قیدو و بیبرس سپرد و به مقابله لهستانی‌ها فرستاد.

این سپاه به سرعت رهسپار مغرب شد و هنگامی که قشون بولسلاس مشغول

تعاقب طلایه سپاه مغول بود بر آنان زد لهستانی‌ها حمله دلیرانه کردند ولی شکسته شدند بولسلاس به ولایت موراوی گریخت و بقیهٔ سپاهش رو به شمال نهاد ولی مغول از پی آنان تاختند. این واقعه در ۱۸ مارس رخ داد کراکوی طعمهٔ حریق شد و سپاهیان قیدو و بیبرس راه خود را پیش گرفتند و به شتاب تمام بدوک سیلزی حمله بردند که می‌خواست قوای خود را با اهالی بوهم متحد و متصل سازد مغول در نزدیکی لی‌نیتز در ۹ آوریل به سپاه هانری مقدس رسیدند از این نبرد ما خبر مستقیمی نداریم همین قدر می‌دانیم که قوای آلمان و لهستان تاب یورش مغول را نیاورده از هم پاشیده و تقریباً نابود گردید. هانری و بارون‌های او و تمام فرقه هوسپیتالیه هلاک شدند همچنین گویند که رئیس کل فرقه شوالیه‌های توتونی در میدان جنگ افتاد و به همراه او ۹ تن از بزرگان تامپلیه‌ها و پانصد نفر از سواران به خاک غلطیدند لی‌نیتز را مستحفظین شهر آتش زدند و فردای آن روز قیدو و بیبرس سپاه ونسلاس پادشاه بوهم راکه مهمتر از سابقین بود دریافتند ونسلاس به آهستگی هر چه تمام‌تر راه می‌پیمود ولی مغول به سرعتی عجیب گاه ظاهر و گاه غایب می‌شدند قشون سنگین و باشکوه ونسلاس قوی‌تر از آن بود که مغول را مجال دستبردی به آن باشد و خود او هم نمی‌توانست به سواران ختائی حمله ببرد مغول از این سنگینی خصم استفاده کرده در برابر چشم ونسلاس ولایت سیلزی و موراوی زیبا را به باد خرابی و غارت دادند. بالاخره حیله به کار برده قشون ونسلاس را متوجه سمت شمال کردند و خود راه جنوب را پیش گرفته نزد باتو رفتند پنس دبون به سن لوی چنین می‌نویسد:

«خاطر مبارک آگاه باشد که همه بارون‌های آلمان و پادشاه و روحانیون اتریش صلیب برداشته متفقاً به مقابله تاتار می‌روند و بنابر قول برادران ما اگر تقدیر الهی چنین باشد که مسیحیان شکسته شوند تاتارها تا مملکت شما خواهند تاخت و

هیچ کس جلو آنها را نتواند گرفت.»[۱]

در تاریخی که رئیس فرقه تامپلیه‌ای نامه را نوشت لشکر هنگری شکسته شده بود و سوبوتای و باتو با سه فوج از جبال کارپات می‌گذشتند جناح یمین مغول از جانب گالیسی وارد هنگری می‌شد و جناح یسار به فرماندهی سوبوتای داخل مولداوی می‌گردید این سه لشکر دشمنان کوچکی را که در راه دیدند خرد کرده به هم پیوستند و متفقاً در برابر بلاو سپاه هنگری در ناحیه پست (Pesth) صف کشیدند. تاریخ واقعه اوایل آوریل و قدری پیش از جنگ سابق‌الذکر بود که در ناحیه لی‌نیتز واقع گردید. سوبوتای و باتو به کلی از حوادثی که در سمت شمال رخ داد بی‌خبر بودند پس فوجی را پیش فرستادند تا خط ارتباط آنها را با نوادگان چنگیز که در ساحل شط اودر بودند متصل کند این فوج مصادف شد با لشکر کوچکی که فرماندهی آن را کشیشی اوگولن نام داشت و آن قدر عقب نشست تا به ناحیه باتلاقی رسید در آنجا لشکر متهور کشیش را احاطه کرد.

در ظرف این مدت بلا سپاه خود را از شط دانوب عبور می‌داد سپاهش صدهزار نفر و مرکب از مجار و کروآت و آلمانی و عده قلیلی از تامپلیه‌های فرانسوی بود سپاه مغول به آهستگی عقب نشست.

باتو و سوبوتای و منگو فاتح شهر کیو از سپاه خارج شده محل میدان جنگ را بازدید و اختیار کردند این مکان دشت موهی بود که از چهار سمت رود سایو و تپه‌های توکای و جنگل‌های تاریک و ماهورهای بزرگ لوم نیتز[۲] آن را احاطه کرده بود.

مغول‌ها از رود گذشته و پل سنگی بزرگی را که آنجا بود به حال خود گذاشته در چند کیلومتری رودخانه داخل بیشه انبوهی شدند اردوی بلاکورکورانه از پی آنها

---

۱. معروف است که مغولان از مقتولین لشکر خصم یک گوش بریده و ۹ جوال را پر کرده به خدمت سردار خود باتو بردند از جمله سر هانری بدبخت را بر نیزه کردند.

2. Lomnitz

وارد دشت موهی شده چادر زد، از پی او بنه ثقیل و سواران سنگین اسلحه و شوالیه‌های زره‌پوش رسیده خیمه بر پا کردند قریب هزار نفر را مأمور نمودند که در پشت پل به تفحص دشمن بپردازند ولی اثری از خصم دیده نشد.

چون شب فرا رسید سوبوتای فرماندهی جناح راست را قبول کرده دایره بزرگی طی نموده سپاه را به ساحل رودخانه بازگردانید زیرا که در آنجا قبلاً گذری یافته بود و در صدد ساختن پلی برآمد که موجب سهولت عبور لشکر شود.

سپیده دم طلایه لشکر باتو از همان راهی که رفته بود بازگردید و به سمت پل سنگی راند و هزار نفری را که مستحفظ پل بودند معدوم کرد. باتو اکثر قوای خود را به آن جانب رود گسیل داشت و هفت منجنیق را مأمور دفع سواران بلا کرد که می‌خواستند یورش مغول را از جانب پل برگردانند امّا قشون مغول که هر لحظه قوی تر می‌شد رفته رفته در صفوف پریشان خصم رخنه کرد علم دهشتناک مغول ۹ دم گاومیش به آن بسته بودند در میان دود غلیظ پیش می‌رفت، شمن‌ها مشعل بسیار برای انگیختن دود در دست داشتند یکی از اروپائیان حاضر میدان منظره این بیرق دودآلود را چنین وصف نموده است: «گوئی چهره مهیب خاکستری رنگی است که ریش بلند دارد و دودی متعفن از او بر می‌خیزد»

مسلماً سرداران بلا دلیر بودند جنگ خونین بدون انقطاع تا ظهر دوام یافت درین وقت سوبوتای حرکت دوری خود را به پایان رسانیده از پشت سر خصم نمایان گردید. تیرباران مغول به شدت شروع و مردم هنگری از جا کنده شدند، تامپلیه‌ها هم مثل شوالیه‌های توتونی در میدان لی نیتز تا آخرین نفر به خاک هلاک افتادند.

درین هنگام صفوف مغول از جانب غرب باز شد و راه تنگه کوهستان را که بلا از آن جا آمده بود آزاد گذاشتند سپاه هنگری رو به فرار نهاد و مغول با کمال راحتی از پی آنان تاختند، این جاده به مسافت دو روز راه از اجساد سواران اروپائی پوشیده شد.

چهل‌هزار نفر شربت هلاک نوشید بلا از همراهان جدا شده برادر خود را در حال مرگ و کشیش بزرگ را در خاک و خون گذاشت و رفت، فقط سرعت سیر اسبش او را از تعاقب‌کنندگان نجات داد و تا ساحل دانوب به زحمت پیش رفت آنجا خود را از نظر مغول‌ها پنهان کرده و درکوهستان کارپات ناپدید شد و عاقبت به دیری رسید که پادشاه لهستان بولسلاس بدبخت هم که همدرد و برادر طریق اومحسوب می‌گردید در آنجا پناهنده بود.

مغولان شهر پست را تصرف کرده محله گران را آتش زدند و در اتریش پیش رفتند تا به نوستاد رسیدند و از ملاقات سپاه آلمان و بوهم احتراز کرده خود را به ساحل آدریاتیک کشیدند در راه همه شهرهای ساحلی را به استثنای راگوز ویران کردند درکمتر از دو ماه این سپاه از سرچشمه آلپ تاکنار دریای آدریاتیک را طی کرده سه لشکر عظیم را شکسته قریب دوازده قشون کوچکتر را مضمحل کرده و تمام شهرها را به حمله تسخیر نموده بودند مگر اولموتز راکه یارسلاواسترن برگ با دوازده‌هزار تن آن را حفظ و دشمن را رد کرده بود.

بر حسب ظاهر هیچ مانعی اروپای غربی را از انهدام حتمی باز نمی‌داشت.[۱]

قشون‌های اروپایی که فقط می‌توانستند مجتمعا از جائی به جائی بروند و سرداری آنها با پادشاهان جنگ ناآزموده مثل بلاو سن‌لوی بود اگرچه شجاعت کافی داشتند لکن به هیچ وجه از عهدهٔ مقابله با سپاه سریع‌السیر مغول برنمی آمدند زیرا که سرداری افواج مغول با بهادرانی نبرد آزموده مثل سوبوتای و منگو و قیدو بود که عمر خود را در دو قطعه آسیا و اروپا در میدان‌های جنگ طی کرده بودند امّا این لشکرکشی به پایان نیامد چاپاری از قراقوروم فرا رسیدو مغولان را از وفات

---

۱. در باب این لشکرکشی تا معلوم مورّخین مشاجرات بسیار کرده‌اند شرح آن در کتاب هانری کردیه موسوم به تاریخ و جغرافیای گرجستان شرقی جلد دوّم و تاریخ مغول سر هانری هاورث جلد اول درج است ذکر مفصل‌تری از این واقعه در مقدمهٔ تاریخ آسیای لئون کاهون صفحه ۳۵۹ تا ۳۷۴ و کتاب حمله مغول در اروپای مرکزی تألیف استراکوش گراسمان مندرج است.

اوگتای و فرمان بازگشت به صحرای گوبی مستحضر کرد.

در مجلس مشاورهٔ سال بعد آوازهٔ وقایع جنگ دشت موهی انعکاس غریبی بخشید. باتو سوبوتای را متهم کرد که دیر به میدان جنگ وارد شده و تأخیر او سبب هلاکت جمعی کثیر از مغولان شده است سردار مزبور صریحاً جواب داد: «به خاطر بیاور که رودخانه در جائی که تو گذشتی عمقی نداشت و پلی هم در آنجا موجود بود امّا در محلی که من می‌گذشتم آب بسیار عمیق بود و مجبور شدم پلی بسازم.»

باتو قول او را تصدیق کرد و از ملامت دست برداشت.

## عقاید اروپائیان نسبت به مغول

گویا به قدر کافی سخن رانده‌ایم که لشکر مغول نسبت به سپاه اروپائیان در این دوره چه مزایایی داشته است. لشکر مغول سریع‌تر بود سوبوتای در حمله به هنگری افواج خود را در کمتر از سه روز چهارصد و پنجاه کیلومتر راه برد. پونس دبون گوید مغول می‌تواند در یک روز مسافتی نظیر فاصله پاریس به شارتر را طی کند.

توماس اسپالاد و مورّخ آن زمان گوید: «هیچ قومی مثل مغول نمی‌تواند خصم را در میدان پراکنده کند و سبب آن فرط دلیری و علم فنون جنگ است»

فرر کارپن که کمی قبل از حملهٔ دهشتناک ۱۲۴۲ ـ ۱۲۳۸ به دربار خان مغول فرستاده شد این عقیده را تایید می‌نماید. مقصود از مسافرت او هم استدعا نمودن از سلاطین کفر بود که از قتل عام مسیحیان دست بازدارند و چنین گوید: «هیچ کشوری و هیچ ریاستی در برابر تاتار تاب ایستادگی ندارد زیرا که تاتار در روز میدان بیشتر به حیله و خدعه متوسل می‌شوند تا به زور بازو و دلیری.»

همین کشیش با شهامت که گویا اطّلاعی از فنون رزم‌آزمایی هم داشته است گوید تاتارها از اروپائیان کمتر و از حیث هیکل و جثه و قوهٔ بدنی هم از آنها

صغیرترند و سلاطین نصارا که در ایّام جنگ خود سرداری قشون را عهده‌دار می‌شدند دعوت می‌کند که تشکیلات نظامی مغول را در سپاه خود مجری دارند «لشکرهای ما باید مثل اردوی مغول مجهز شود و تحت همان قوانین استوار در آید. باید میدان جنگ را حتی‌المقدور در دشتی اختیارکرد که از همه جانب باز باشد و هرگز نباید سپاه را در یک جا گرد آورد بلکه باید به افواجی چند تقسیم و متفرق ساخت. اعزام طلایه و دیده‌بان به هر سمت ضرورت دارد. سرداران ما باید افراد را شب و روز در حال حاضر باش و مهیای جنگ نگاهدارند زیرا که تاتارها مثل شیاطین هوشیارند. اگر سلاطین و حکام مسیحی می‌خواهند حرکت مغول را از جلو بگیرند باید دست اتحاد به هم داده مجتمعاً در برابر آنان صف بکشند.»

کارپن همچنین از سلاح جنگ مغولان توصیف و مسیحیان رابه تقلید آنان دعوت کرده است: «عالم مسیحی باید سربازان خود را با تیر و کمان و منجنیق و آلات حربی شبیه به تاتار مجهز کنند. به علاوه باید جمعی را با گرزهای محکم آهنین و تبرزین دسته‌بلند مسلح سازند باید پیکان‌ها را مثل تاتار آب داد یعنی به محض بیرون آوردن پیکان از کوره باید آنها را در آب نمک فرو برد تا در زره خصم بهتر نفوذ کند. همچنین لازم است که مردان ما کلاه خودهای محکم و اسلحه و زین ابزار کامل داشته باشند و هر کس چنین سلاحی ندارد باید در پشت صفوف لشکر بایستد.

کارپن از تیراندازی مغولان خیلی تعجب کرده بود: «مغولان با تیر مرد و اسب را مجروح می‌کنند و در این حال به جنگ تن به تن پیش می‌آیند.»

در این اوقات امپراطور فردریک دوّم که نزاع او با پاپ مشهور است از سلاطین زمان خود استمداد کرد و به پادشاه انگلیس چنین نوشت: «تاتارها مردانی کوتاه اندام ولی قوی اعضا هستند غرور و دلیری و تهوری کامل دارند به یک اشاره از فرمانده خود را به خطرهای عظیم می‌اندازند و با کمال تأسف باید گفت که مغولان

در ابتدا لباسی از چرم با الواح آهنین در بر داشتند ولی امروز با بهترین زره و اسلحه که از یغمای مسیحیان به دست آورده‌اند مسلحند و ممکن است باکمال شرمساری و اندوه ما را با اسلحهٔ خودمان هلاک کنند. به علاوه اسبان آنها از آن ما بهتر و غذای آنها برگزیده‌تر و جامه آنها نرم‌تر و سبک‌تر است.»

مقارن نگارش این نامه فردریک ثانی را سپاه فاتح مغول به تبعیت خان بزرگ خواند و شرایط سبک و ملایمی پیشنهاد کرد. امپراطور بایستی خود و قومش را دست بسته تسلیم کند، مغولان قول می‌دادند که به جان او صدمه نرسد[1] و او را به قراقوروم فرستاده به شغلی نصب کنند. در جواب این دعوت فردریک گفت نظر به اطّلاعاتی که از احوال مرغان شکاری دارم البته شغل بازداری خان را باید عهده‌دار شوم!

۱. بنابر قول آبل رموزا در مقابل مغول ازین دو چاره نبود یا تسلیم تام یا مرگ. هرکس تسلیم می‌شد بایستی خراجی گزاف بدهد گاهی دو سه مرتبه پی در پی آن را می‌گرفتند مغول هم در عقاید قائل به آزادی بود و هم در جمع مال حرص شدید داشت هرکس سالنامه سلطنت چنگیزخان رَا بخواند می‌بیند که این مرد تا موجبات کار را فراهم نمی‌دید بی‌علت دست به کاری نمی‌زد بعضی گویند چنگیز خودش بهانه‌هایی درست می‌کرد که در حمله مجاز باشد ولی در هر حال باید اعتراف کرد که بی‌سبب کاری نمی‌کرده است در میان اقوام مغول این سه فکر را رواج داد و تا چند نسل هم پس از او در قلوب همه جای داشت: هرگز قومی راکه به طیب خاطر ایل و مطیع می‌شود معدوم مکنید و هر قومی که ایستادگی کندهرگز از جنگ او دست باز مدارید. تمام مذاهب و ادیان را آزادی بدهید.

## فصل بیست و سوّم

## مکاتبه سلاطین اروپا با مغولان

وقتی که باتو و سوبوتای اروپا را در ۱۲۴۲ ترک گفتند سلاطین مسیحی از بیم حمله جدید دست به تدابیری زدند پاپ اینّوسان چهارم مجلس شورای لیـون را فراهم آورد تا برای دفاع مسیحیت چاره بیندیشند سن‌لوی از روی کمال سبکساری اعلام کرد که اگر مغول باز آیند تمام شوالیه‌های فرانسه برای حفظ کلیسا خود را به کشتن خواهند داد و در اثنا به جنگ‌های صلیبی مصر مبادرت نمود و چندین بار کشیشانی را به سفارت نزد بایجوخان مغول فرستاد که اردوگاهش در جنوب بحر خزر بود.

یکی از این سفرا به خدمت خان به قراقوروم رفت و واقعه مضحکی برای او رخ داد مورّخ معروف ژوانویل نقل می‌کند که چون فرستادگان داخل شدند و هدایای حقیر خود را پیش بردند خان رو به جانب امرائی که در اطرافش بودند کرده گفت: «آقایان این است خراجی که پادشاه فرانسه برای ما فرستاده و تسلیم و اطاعت خود را اعلام کرده است.»

مغولان مکرر سن‌لوی را دعوت کردند که به خـان اَطـاعت کـند و مـثل سـایر سلاطین خود را به ظل حمایت او بکشد و به او نصیحت کردند که لشکر به جنگ سلجوقیان آسیای صغیر ببرد که در آن وقت با مغول خصومت می‌ورزیدند.

چند سال بعد سن‌لوی فراروبروکیس را که مردی قوی و هوشیار بود به دربـار

خان فرستاد ولی به او نصیحت کرد که خود را سفیر و ایلچی معرفی نکند تا مثل سابق ورود او را مغول‌ها دلیل اطاعت پادشاه فرانسه نگیرند.

از جمله مراسلاتی که مغول‌ها در جواب سن‌لوی نوشته‌اند یکی آن است که معلوم می‌کند در میان اردوی مغول جماعتی از مسیحیان بوده‌اند «ما باکمال قدرت و اختیار آمده اعلان می‌کنیم که همهٔ مسیحیان باید در ممالک اسلامی از اسارت آزاد و از پرداخت خراج گزاف معاف شوند و با آنها به احترام و تعظیم رفتار شود باید کلیساهای ویران آنها آباد و خودشان در نواختن ناقوس آزاد گردند.[1]

یکی از مسلمانان باکمال خشم می‌نویسد در سال ۱۲۵۹ ایلخان مغول هولاگو در سراسر شامات «همهٔ فرقه‌های مذهبی را اجازه داد که آزادانه مراسم دیانتی خود را اجرا کنند و مسلمانان را از مخالفت با آنان بازداشت، در آن روز هیچ یک از نجبا و اوساط الناس نصارا نبودند که جامهٔ عید خود را نپوشند»[2]

مقصود مغول از این تقویت مسیحیان فلسطین هر چه باشد غرض اصلی آنها این بود که قشون‌های اروپا را به سرکوبی مسلمانان بکشانند و در ۱۲۷۴، ۱۶ نفر ایلچی نزد پاپ و بعد نزد ادوار اول پادشاه انگلیس فرستادند. جواب پادشاه انگلیس خیلی مبهم بود زیرا که به هیچ وجه قصد رفتن به بیت‌المقدس نداشت «ما از تصمیمی که شما در انتزاع ارض اقدس از چنگ مسلمانان گرفته‌اید مسروریم و از شما تشکر کرده منت می‌داریم امّا در حال حاضر نمی‌توانیم هیچ خبر قطعی به شما بدهیم که در چه تاریخ به ارض اقدس وارد خواهیم شد.

در این اثنا پاپ سفرائی نزد بایجو فرستاد که در حوالی دریای خزر بود این سفرا مغولان را از خود رنجانیدند زیرا که نام و القاب خان را نمی‌دانستند و مغول‌ها را به اجتناب از خونریزی موعظه می‌نمودند مغولان جواب دادند که پاپ باید شخص بسیار نادانی باشد زیرا که اسم مردی را که فرمانفرمای روی زمین است نمی‌داند و در باب کشتار مردم نیز گفتند که از جانب فرزند آسمان شخصاً به این کار مجاز

---

۱. رجوع شود به تاریخ مغول تألیف هاورث بخش سوم

۲. ریشارگوتیل Richard gotheil یک جواب به ذمیان (مجلهٔ مجمع شرقی آمریکایی)، دسامبر ۱۹۲۱.

شده‌اند. بایجو می‌خواست آن کشیش‌های بدبخت رابه قتل رساند لکن چون سفیر بودند ازکشتن آنها صرفنظر کرد وبه سلامت آنها را بازگردانید.

جای آن دارد که جواب بایجو را که به وسیله رسولان مزبور به پاپ اینّوسان چهارم فرستاده است در اینجا ذکر کنیم:

«به فرمان خان بزرگ بایجو نویان این نامه را می‌فرستد: ای پاپ می‌دانی که رسولانت نزد ما رسیده نامه‌های تو را به ما داده‌اند؟ رسولان تو کلمات جسورانه بر زبان راندند نمی‌دانیم به فرمان تو چنین گفته‌اند یا پیش خود. در هر حال این جواب رابه تو می‌فرستیم اگر می‌خواهی که در زمین و آب ملک خود حکمرانی کنی باید خودت ای پاپ بیائی ما را بیابی و در حضور آن کس که فرمانفرمای بسیط زمین است بایستی و اگر نیائی ما نمی‌دانیم چه خواهد شد خداوند می‌داند فقط از تو می‌خواهیم که به ما جواب بدهی که خواهی آمد یا نه و اگر می‌آئی به دوستی می‌آئی یا نه؟»[1]

البته زاید است که بگوئیم اینوسان چهارم راه قراقوروم را پیش نگرفت و مغولان هم دیگر به اروپای مرکزی نتاختند ولی نه از این جهت که شوالیه‌های اروپای غربی آنها را جلوگرفته باشند. سابقاً بدون هیچ وقفه لشکر مغول تا نوستاد اتریش پیش رفته بود که تا ولایت آنها ده‌هزارکیلومتر فاصله دارد لکن پس از این واقعه سوبوتای و تولوی پر جوش و خروش وفات یافتند و باتو پسر جوجی به شهر سرای پا تخت طلایی خود را در ساحل وُلگا قناعت کرد و جنگ داخلی در صحاری آسیا شروع شد و حرکت اردوهای مغول به جانب غرب به انتها رسید یک بار دیگر هم در آخر قرن سیزدهم هنگری را به باد غارت و خرابی دادند و به دشت‌های وُلگا بازگشتند.

---

۱. استخراج از تاریخ ونسان دوبوه Speeulum historiale در این نامه عبارت تهدیدآمیز معمولی مغول دیده می‌شود «ما نمی‌دانیم چه خواهد شد خدا می‌داند» این عبارت را مغول هنگامی که قصد جنگ داشتند به خصم خود می‌نوشتند، به کیخسرو سلجوقی جوابی به این عبارت مبهم دادند: «تو دلیرانه سخن می‌رانی خداوند هر کس را بخواهد فاتح خواهد کرد ظاهراً مغول بنا بر رسم چنگیزخان قبلاً ایلچی نزد دشمن می‌فرستادند و شرایطی طرح می‌کردند اگر شرایط آنها رد می‌شد آن وقت عبارت تهدیدآمیز را بر زبان رانده مهیای جنگ می‌شدند.

## فصل بیست و چهارم

## قبر چنگیزخان

مقاله‌ای که در یکی از جراید لندن طبع شد و حاکی از این بود که پرفسور کزلف محل دفن جهانگشای مغول را یافته است به طور خاصی جالب توجه گردید ولی پرفسور کزلف این خبر را اخیراً به وسیله تلگرافی که در تاریخ ۱۱ نوامبر در تیمس نیویورک درج شد تکذیب کرد.

پرفسور کزلف نتایج تحقیقات اخیر خود را در باب محل شهر کراخوتو در قسمت جنوبی صحرای گوبی در ۱۹۲۵ و ۱۹۲۶ بیان کرده و بر طبق اسناد قدیمه مربوط به قوم سیت و مردم سیبری که در آنجا کشف شده اظهار می‌دارد که هنوز مکان قبر چنگیز نامعلوم است.

روایات مختلف و متضاد راجع به این مزار مفقود در دست است مارکوپلو سیاح صریحاً در این باب بیانی نمی‌کند فقط از کلام او استنباط می‌شود که در میان قبور سایر سلاطین مغول است.

رشیدالدین گوید جسد چنگیزخان را بر تلی که یاکاقروق نام دارد نزدیک اورگا سوخته‌اند از این مکان مکرر در کتاب سانانگ ست‌زن نام برده شده است، کاترمر و مستشرقین دیگر این تل را تپه خانولا نزدیک اورگا دانسته‌اند امّا همه این روایات مشکوک است. اسقف بزرگ پالادیوس گوید: «در اسناد عهد مغول هیچ راهی برای تعیین مکان دفن چنگیز موجود نیست.»

بنابر روایت جدیدتری که ا.ت.ث ورنر نقل کرده است قبر جهانگشای مغول در ولایت اوردوس در اتجن کورو واقع است. روز ۲۱ ماه سوّم سال شاهزادگان و امرا مغول بنا بر رسم قدیم در این مکان اجتماع می‌کنند از اشیاء متعلقه به چنگیز یک زین و یک کمان و بعضی چیزهای دیگر را به محل قبر می‌آورند امّا اینجا مزاری نیست بلکه فضائی است محصور از دیواری سنگچین دوچادر نمدسفید در اینجا می‌زنند گویند در این چادرها صندوقی سنگی هست ولی کسی نمی‌داند در صندوق چیست.

مسیو ورنر گمان می‌کند که مغولان کنونی در این که چنگیز را در همین مکان مدفون می‌دانند کاملاً مصاب هستند این محل را ۵۰۰ خانوار محافظت می‌کنند و همه خود را در آن ذیحق می‌دانند این نقطه در پشت دیوار بزرگ چین در جنوب قوس شط هوانگ واقع است که مکان جغرافیایی آن در ۴۰ درجه عرض شمالی و ۱۰۹ درجه طول شرقی است و مشارالیه برای تأیید قول خود شهادت یکی از خوانین مغول کالاچین نام را ذکر می‌کند که از اعقاب چنگیزخان است و ظاهراً شهادت این شخص مهم‌تر و معتبرتر از روایات متضاد مورّخین است.[۱]

## یه‌لیو چوتسای حکیم ختائی

کمتر کسی در دوره زندگانی کاری صعب‌تر از این جوان ختائی داشته است که منظور نظر چنگیزخان گردید این شخص نخستین فیلسوف چینی است که با اردوی مغول رهسپار گردید و مغولان هم کار این طالب‌العلم را که در فلسفه و فلکیات و طب کنجکاوی می‌کرد آسان نمی‌کردند صاحب‌منصبی از مغول که به ساختن کمال مشهور بود روزی آن حکیم ختاتی ریش بلند را استهزا می‌کرد و می‌گفت: «یک نفر اهل قلم را به میدان جنگ‌آوران چه کار؟» یه لیوچوتسای در پاسخ او گفت: برای ساختن کمان‌های محکم شخصی باید که به خوبی از عهده تراشیدن چوب برآید

---

۱. برای کسب اطّلاعات بیشتری رجوع شود به سیاحت‌نامه مارکوپلو، طبع یول کردیه، ۱۹۰۳، جلد اول، ص ۲۵۱-۲۴۷. همچنین رجوع شود به رساله ا. ت. ث. ورنر موسوم به قبر چنگیزخان و روزنامهٔ و. و. روچیل.

ولی برای تدبیر ملک مرد حکیم دانا ضرورت دارد.»

یه‌لیو چوتسای مقرب خدمت چنگیز شد و با سپاه او به جانب غرب رهسپار گردید و هنگامی که اهل اردو به جمع مال و غنیمت مشغول بودند آن حکیم به فراهم آوردن کتب و الواح نجومی و گیاه‌هایی که مفید می‌دانست اشتغال داشت. جغرافیای ممالکی را که گذرگاه اردو بود مطالعه و یادداشت می‌کرد و هنگام شیوع امراض مسریه در اردو حکیمانه انتقام استهزاء سرداران جنگجو را می‌کشید و به وسیله روتاس آنها رامعالجه می‌کرد.

چنگیزخان از امانت و تقوای این دانشمند بسیار مسرور بود و او نیز فرصت‌هایی را که پیش می‌آمد از دست نداده مغولان را از قتل عام در موقع عبور اردو باز می‌داشت در حکایات آمده است که چنگیزخان در دره‌های هیمالیای اسفل حیوانی عجیب را در سر راه خود دید که شبیه به گوزن و دارای یک شاخ بود و رنگی سبز داشت حکیم ختائی را طلب کرده معنی این ظهور عجیب را استعلام کرد او چنین جواب داد:

«این حیوان غریب کیوتوان نام دارد. همه زبان‌های روی زمین را می‌داند، دوستدار موجودات زنده و دشمن قتل وکشتار است، ظهور او اخباری است غیبی که خان از این راه که پیش گرفته بازگردد.»

در زمان اوگتای پسر چنگیز هم این حکیم با عقل و تدبیر کشور را اداره کرد و اجرای سیاست را از دست امراء مغول گرفت و برای این اعمال اشخاص را مأمور کرد و همچنین برای جمع آوری مالیات و حفظ خزانه عمالی برگماشت هوش‌مند و دلیری آرام او جنگجویان مغول را پسند می‌آمد و نفوذ قول او را می‌پذیرفتند، اوگتای مردی شرابخوار بود و افراط می‌کرد و یه لیو چوتسای خیلی میل داشت که این پادشاه سالم و زنده بماند ولی نصایح او سودمند نمی‌افتاد روزی ظرفی آهنین پیش آورد که مقداری شراب از روزهای قبل در آن مانده و لب جام آهنین را خورده بود پس به خان گفت:

«اگر شراب این طور آهن را می‌خورد قیاس کنید که با روده‌های شما چه خواهد

کرد»

اوگتای از مشاهده این حال متنبه شد و از افراط در شراب‌نوشی باز ایستاد ولی باز هم به همین سبب وفات یافت. روزی این پادشاه بر حکیم خشم گرفت و او را به زندان افکند امّا چندی بعد فرمان داد تا او را آزاد کنند حکیم ختائی از بیرون آمدن استنکاف نمود اوگتای کس فرستاد تا سبب حاضر نشدن او را به دربار بپرسد دانشمند جواب شاه را چنین داد:

«نخست مرا وزیر خواندی پس به زندانم افکندی از این قرار گناهکار بوده‌ام اینک مرا آزاد می‌کنی از این قرار بی‌گناه شده‌ام پس چه آسان است که مرا بازیچه خود سازی ولی من چگونه به تمشیت امور مملکت توانم پرداخت؟»

پادشاه آن دانا را مجدداً به کار خود نصب کرد و میلیون‌ها بشر را از شربت عدل سیراب ساخت. بعد از فوت اوگتای وزارت را از پیرمرد ختائی گرفته به مسلمانی دادند عبدالرحمن‌نام، یه‌لیو چوتسای از غصه و اندوهی که به سبب مشاهده ظلم و جور این وزیر جدید بر او استیلا یافته بود جان داد.

چند تن از امراء مغول به گمان این که دانای ختائی در ایّام وزارت متمادی خود گنجی شگرف نهفته است منزل او را کاوش کردند هیچ دفینه‌ای جز مقدار کثیری اسباب موسیقی و کتب خطی و نقشه‌ها و الواح و سنگ‌هایی دارای نقوش و خطوط منقور نیافتند.

## فصل بیست و پنجم

## اوگتای و گنج او

فرزند و جانشین چنگیزخان یعنی اوگتای تقریباً بی‌اختیار خود را فرمانفرمای نصف کرهٔ ارض دید این پادشاه صفات خوب و آزادمنشی و بی‌تعصبی مغول را داشت و بر خلاف برادران از سفاکی بیزار بود. همواره در سراپرده سلطنتی قراقوروم منزل گزیده دسته دسته مردمی را که به حضرت او آمده و در برابر تختش زانو می‌زدند می‌پذیرفت، برادرانش جنگ و جهانگیری را تعقیب می‌کردند و یه لیو چوتسای به انباشتن خزانه مشغول بود.

اوگتای مردی فربه و آرام و ساده‌دل بود ثروت ختا و زنان دوازده مملکت بزرگ و گله و رمه بی‌شماری در اختیار خود داشت چون در رفتار خود هیچ کبر و غرور حکمرانی اظهار نمی‌کرد کردارش بسیار مطبوع بود هر چیز که در برابر چشمش می‌آمد می‌بخشید وقتی که امراء او را از این اسراف منع کردند جواب داد من باید به زودی این جهان را ترک کنم و جز یادی در خاطر خلق از من نخواهد ماند.

رفتار سلاطین هند را در آکندن گنج صحیح نمی‌دانست و می‌گفت: «این دلیل کمال نادانی آنان است زیرا که دیدیم مال به هیچ کار نیامد و چیزی با خود به گور نبردند» تجار زیرک مسلمان که از سخای اوگتای باخبر بودند به درگاه او روی آورده متاع بسیار با قیمت‌های گزاف به او می‌فروختند. صورت نرخ اجناس تجارتی را هر شب خان ملاحظه می‌کرد روزی نجبای مغول به اوگفتند تجار قیمت‌هایی پیشنهاد

می‌کنند که از فرط گزافی مضحک به نظر می‌آید اوگتای تصدیق کرد ولی گفت این مردم به امید سخای من راهی دور می‌پیمایند شرط انصاف نیست که محروم باز گردند.

وقتی که اوگتای از جائی به جائی حرکت می‌کرد گوئی هارون الرشید بیابان است که سفر می‌کند[۱] بسیار میل داشت با مردمان بیابان گرد که اتفاقاً در راه می‌دید سخن بگوید روزی پیری بسیار فقیر در راه دید چون در این وقت خان پول و جامه‌ای همراه نداشت یکی از زنان را فرمان داد تا گوشوارهٔ مروارید قیمتی خود را به آن پیر بدهد زن گفت:

«خدایگانا بهتر آن است که این پیر فردا به درگاه حاضر شود واجر خود را نقداً بگیرد زیرا این مراوریدها ابداً او را به کار نخواهد آمد» خان جواب داد:

«بینوایان نمی‌توانند تا فردا انتظار بکشند به علاوه همین گوشواره بزودی داخل خزانه من خواهد شد.»

اوگتای مثل سایر مغولان میلی وافر به تماشای مسابقه و شکار و اسب‌دوانی داشت سرایندگان، ورود نوازان از اقصای ختا و اطراف ایران به درگاه او می‌آمدند از این زمان جنگ‌هایی آغاز شد که بعد موجب تجزیه دولت مغول گردید، مسلمانان و بودائیان ایرانیان و چینیان به منازعه برخاستند. این منازعات و کشمکش‌ها فرزند چنگیز را اندوهناک می‌کرد و غالباً با سادگی هر چه تمامتر مدعیان را شرمساری می‌داد یکی از بودائیان روزی به خدمت او آمده گفت: چنگیزخان را در خواب

---

۱. «از پی جهانگشای مغول عمال چینی برای اداره ممالک می‌آمدند» (لئون کای) «فکر اداری چینیان امور ممالک مغول را تمشیت می‌داد» (بلوشه) مغول‌های دوره اول چندان مصرف پول را نمی‌دانستند و هر کس راکه عمر در پی جمع مال صرف می‌کرد به نظر حقارت می‌نگریست.

لانگ فیلو **Longfellou** شاعر قصهٔ خلیفه بدبخت عباسی راکه با وجود خزاین و دفاین بسیار هلاگو نوه شهیر اوگتای شد به نظم آورده است؛

خلیفه راگفتم مردی سالخوردی
هیچ احتیاج به این همه زر نداشتی
نبایستی آن را بر هم نهاده در این‌جا پنهان کنی
تا اینکه زبانه آتش جنگ با حرارت تمام نزدیک شود.

دیدم که فرمود:

«برو به فرزندم بگو که همه پیروان محمد را هلاک کند زیرا که ملتی فاسد و نابکارند»

از آنجا که خشونت چنگیز نسبت به اقوام مسلمان مسلم بود یرلیغ او که در خواب صادر شده بود امری قطعی می‌نمود و نبایستی آن را کار سهلی پنداشت پس اوگتای دیرزمانی به فکر فرو رفت و گفت:

«چنگیزخان به وسیله مترجم با تو گفتگو کرد؟»

ـ نه خان خودش سخن گفت

ـ تو زبان مغولی می‌دانی؟

چون مرد خواب‌دیده جز ترکی چیزی نمی‌دانست خاموش ماند، اوگتای گفت:

«پس دروغ می‌گوئی زیرا که چنگیز جز مغولی لغتی نمی‌دانست» و فرمان داد تا آن دشمن مسلمانان را به هلاکت رسانیدند.

وقتی در حضور اوگتای بازیگران چینی نمایش می‌دادند خان دید که در میان عروسک‌ها شکل پیرمرد معممی را ساخته‌اند که او را به دم اسبی بسته و می‌کشند از چینی‌ها پرسید که مقصود از این شکل چیست رئیس بازیگران گفت:

«دلیران مغول به این وضع اسرای مسلمان را می‌کشند و می‌برند»

اوگتای فوراً نمایش را تعطیل کرد و فرستاد از خزانه مقداری متاع چینی و اجناس ایرانی آورده به آنها نشان داد که از حیث ظرافت و جنس متاعشان خیلی پست‌تر از مال مغرب زمین (یعنی ایران) است و گفت:

«در مملکت من هیچ مسلمان توانگری نیست که چندین غلام چینی نداشته باشد ولی یک توانگر چینی را نمی‌توان نشان داد که غلامی مسلمان او را خدمت کند و نیز می‌دانید که چنگیزخان وعده داد هر کس مسلمانی را بکشد ۵۰ دینار زر به او بدهد و خون هیچ یک از چینیان را لایق این قیمت ندید پس چطور به خود اجازه

می‌دهید که مسلمانان را استهزاء نمائید؟ آنگاه بازیگران و مقلدان را از درگاه راند[۱]

## آخرین دربار چادرنشینان

قبل از انتقال پایتخت خان به ختا دو تن از اروپائیان فقط اخباری از آداب مغول برای ما یادگار گذاشته‌اند: یکی کشیشی کارپن نام و دیگری فراروبروکیس که کشیشی فربه بود و با اسب از اروپا به تاتارستان رفت و تا حدی یقین داشت که در راه خود به نام پادشاه سن‌لوی حرکت کرد ولی سفارت رسمی از آن پادشاه نداشت، فقط خود را منادی صلح خوانده امید بسته بود که با مواعظ حسنه مشرکین را از حمله به اروپا باز دارد.[۲]

رفیق راهش کشیشی بود که بسیار می‌ترسید. پس از آن که قسطنطنیه را پشت سر گذاشته در صحراهای آسیا داخل گشتند سرمای سختی آن را فراگرفت چنان که تا مغز استخوانشان منجمد شد و از فرط سرما وگرسنگی مرگ را مقابل خود دیدند در این وقت دو سیاح قریب پنج‌هزار کیلومتر طی مسافت کرده بودند. مغول‌ها این کشیش محتضر را دریافته بدنش را با پوست گوسفند پوشیده پایش را در نمد پیچیده کلاهی از پوست بر سرش نهادند و چون بسیار فربه و سنگین بود اسبی قوی به او داده از سر حد وُلگا تا مغولستان او را همراهی کردند.

مغولها با نظر حیرت به این مرد می‌نگریستند که با قبای بلند و پای برهنه از مملکت دوردست فرانک‌ها به خاک آنها آمده است نه تاجر است نه سفیر، نه سلاحی دارد نه هدیه و ارمغانی آورده است نه اجری و پاداشی می‌خواهد. واقعاً دیدار این کشیش باوقار و متین که از اروپای دهشت‌زده بیرون آمده به درگاه خان کبیر می‌رفت شگفت‌انگیز بود در راه مغولستان شخص، مردمان بزرگ و کوچک

---

۱. برای کسب اطّلاعات بیشتری در باب نظر به لیو چوتسای و اوگتای رجوع کنید به اخبار مختلط جدید آسیا تألیف آبل رموزا و کتاب تاتارستان تألیف لوی دو بو و کتاب یوان ترجمه پر

۲. آمبو از سالنامه‌های چینی و کتاب قرن یوان تألیف مسیو بازن.

این قصه ماخوذ از سفرنامه آستلی است که با تغییر و اختصار نقل می‌شود.

بسیار می‌دید مثلاً یارسلاو دوک روسی - بزرگان ختائی - و امرا ترک پسر پادشاه گرجستان رسول خلیفه بغداد و سلاطین عرب این کشیش فقیر هم از آن جمله به شمار می‌آمد.

فراروبروکیس با کمال دقت آداب مغولان را شرح داده می‌نویسد رؤسای این قوم در ظروف جواهرنشان شیر می‌نوشند و لباس پوست گوسفند پوشیده بر اسبانی که زین زرین دارد می‌نشینند.

ورود خود را به دربار منگوخان چنین شرح می‌دهد:

«روز عید سنت اتین ما به دشتی بزرگ که هیچ پست و بلندی نداشت رسیدیم، فردای آن روز به دربار خان کبیر وارد شدیم به شخصی که راهنمای ما بود عمارت بزرگی واگذاشتند ولی به ما که سه نفر بودیم فقط یک کلبه‌ای دادند که به زحمت اسباب خود را در آن می‌توانستیم جای بدهیم و برای راهنمای ما شرابی از برنج که در میناهای گردن بلند بود آوردند این مشروب خیلی شباهت به شراب‌های عالی ما دارد ولی طعمش غیر از شراب است پس مقصود و مقصد ما را پرسیدند یکی از دبیران به ما گفت مقصود شما این است که ما لشکری بفرستیم که با اعراب جنگ کنند من خیلی از این حدس او تعجب کردم زیرا که اعلیحضرت[1] در نامه‌های خود ابداً ذکری از اعزام لشکر نکرده بودند فقط تقاضا این بود که خان بزرگ با تمام مسیحیان عالم دوست باشد.

پس مغول‌ها پرسیدند آیا میل دارید با ما صلح کنید من گفتم: «چون پادشاه فرانسه تاکنون زحمتی به مغول وارد نیاورده به هیچ وجه جنگی در میان نیست که صلح واقع شود و اگر بی‌سبب کسی به ما بتازد ما هم به خداوند مهربان پناه می‌بریم» وقتی که این جواب را دادم خیلی متعجب شده گفتند: «مگر شما نیامده‌اید که طرح صلح بریزید؟»

«فردای آن روز من با پای برهنه به دربار رفتم مردمان خیلی از این کار حیرت

---

۱. مقصود سن لوی پادشاه فرانسه است که در این تاریخ به دست ممالیک مصر افتاده و محبوس است.

داشتند ولی جوانی مجارستانی که آنجا بود و عادت فرقه ما را[۱] می‌دانست علتش را به آنان گفت آنگاه یک نفر از پیروان مذهب نستوری که وزیر بزرگ دربار بود سوالاتی از ما کرد و بعد به منزل بازگشتیم. در راه نزدیک آخرین نقطه شمالی دربار خانه کوچکی دیدم که صلیبی بر آن نهاده بودند از دیدار این علامت بسیار شادمان شدم که یک نفر عیسوی در آن خواهم دید. پس با کمال جسارت وارد شدم، محرابی مزین دیدم که جامهٔ زربفت بر آن افکنده و مجسمهٔ حضرت عیسی و مریم و سن ژان بابتیست و دو ملک را بر آن نهاده بودند لباس آنها را مرواریددوزی کرده بودند در بالای محراب صلیب بزرگی سیمین دیدم که از جواهر برق می‌زد در نزدیک آن مکان یک کشیش ارمنی لاغر و سیاهی دیدم که پارچه موئی خشنی در بر کرده و کمربندی آهنین بسته بود.

قبل از سلام کردن به کشیش ما خود را بر زمین افکنده و درازکشیده به خواندن سرود مذهبی آورژینا و بعضی سرودهای دیگر مشغول شدیم کشیش ارمنی هم با ما هم‌زبان شد. پس نزد او قرار گرفتیم منقلی که در آن آتش می‌سوخت در برابر داشت و به ما حکایت کرد که از رهبانان بیت‌المقدس است و یک ماه قبل نزد مغولان آمده است.

بعد از مختصر گفتگوئی به منزل آمده غذایی از گوشت و ارزن ساخته صرف کردیم مهماندارهای ما در دربار سرمست شده ما را به کلی فراموش کرده بودند برودت به درجه‌ای بود که سرگوش‌های مرا سرما زد و دیگر نتوانستم پابرهنه راه بروم وقتی که در این نواحی سرما شروع شود تا ماه مه دوام دارد و حتّی در این ماه هم شب‌ها و صبح‌ها آب منجمد می‌شود در مدت اقامت ما بادی بسیار سرد وزید که عدهٔ کثیری از چارپایان را به هلاکت رسانید.

کارگزاران دربار[۲] برای ما پوستین‌هایی از پوست قوچ و چکمه‌هایی آوردند و

---

۱. فراروبروکیس از کشیشان فرقه فرانسیسکان نخستین کشیش این فرقه بود که با قبای مخصوص آن طایفه در شرق اقصی قدم نهاد. کارپن که از طرف پاپ مامور شد لباس غیر روحانی پوشید.

۲. مقصود فراروبروکیس از دربار منزلگاه‌های منگوخان و زنان حرم او و صاحب‌منصبان ارشد مغول است که

همراهانم آن چکمه‌ها را پذیرفتند. روز ۵ ژانویه بار یافتیم:

«از ما پرسیدند که چگونه به خان تعظیم و احترام خواهید کرد گفتیم چون از راهی دور به اینجا آمده‌ایم اگر رخصت باشد خدای خود را ستایش خواهیم نمود که ما را به سلامت تا اینجا رسانیده است بعد هر چه خان را خوش بیاید انجام می‌دهیم. چند تن به خدمت خان رفته عرایض ما را به سمع او رسانیدند و باز آمده ما را به درگاه بردند پرده نمدی که بر در آویخته بودند کنار رفت و ما سرود آسولیس اورتوکاردین را شروع نمودیم.

پس گریبان لباس ما را جستجو کردند مبادا اسلحه پنهان کرده باشیم و مترجم ما را فرمان دادند که کمربند و کارد خود را به یکی از حاجبان درگاه بسپارد ،وقتی که داخل شدیم مترجم را در پهلوی میزی نشاندند که پر از شیشه‌های شیر مادیان بود و ما را در برابر زنان بر نیم تختی جای دادند.

تمام تالار از پرده‌های زربفت مستور بود و در وسط آتش می‌سوخت که هیزمش از ریشه بعضی اشجار و مدفوع گاو بود. خان بر روی تشکی مستور از پوست براق و ظریفی شبیه پوست سگ آبی جای داشت. دارای بینی پهن و قد متوسطی بود و عمر او را قریب ۴۵ سال حدس زدیم زن کوچک زیبائی از جملهٔ نسوان حرم در پهلوی او قرار داشت یکی از دخترانش با سیمای خشن همچنین بر مسندی درکنار او بود این خانه به مادر همین دخترکه عیسوی بود تعلق داشت و دخترکدبانوی آن خانه به شمار می‌رفت.

از ما پرسیدند که چه قسم مشروب میل داریم، شراب برنج یا شیر مادیان یا شربت عسل زیراکه در زمستان فقط این سه چیز متداول است، ما جواب دادیم که عادت به شرب نداریم و فقط رضای خان را طالبیم پس شراب برنج پیش آوردند و در ساغرها ریختند محض احترام خان مختصری چشیدیم.

بعد از مدتی توقف که خان در آن اثنا با مرغان شکاری خود سرگرم بازی بود به

---

در مرکز اردو واقع بود. راجع به اردوی باتو پسرعم منگو همین سیاح گوید: «از جلال این اردو به حیرت افتادیم، خانه‌ها و خیمه‌ها در صحرا گسترده بود و جمعی کثیر در چهار پنج ردیف اطراف خان را احاطه کرده بودند.

ما اجازهٔ کلام دادند و مجبور شدیم زانو بزنیم، در پهلوی خان مترجمی از نستوری‌ها بود امّا مترجم خود ما را به قدری مشروب خورانده بودند که از مستی سر از پا نمی‌شناخت من به خان چنین گفتم: «خداوند تبارک و تعالی را سپاس می‌گذاریم که ما را از کشوری دور به خدمت خان بزرگ منگوقاخان رسانیده است. پادشاهی که صاحب این همه جلال و جبروت است. مسیحیان مغرب زمین مخصوصاً پادشاه فرانسه ما را با نامه‌هایی به حضور خان گسیل داشته‌اند و از او تقاضا دارند که به ما اجازه توقف در قلمرو خود بدهد تا احکام الهی را به مردمان بیاموزیم، پس از آن مقام معظم استدعای رخصت توقف داریم نه سیم نه زر نه جواهر برای تقدیم نیاورده‌ایم ولی خود را برای این پادشاهی مفید می‌دانیم» خان در جواب گفت:

چنان که خورشید پرتو خود را به هر جا می‌افکند قدرت باتو نیز به همه جا کشیده است پس نه به زر شما محتاجم نه به سیم شما.»

من در دل دعا می‌کردم که خدایا مبادا خان از عبارات زر و سیم ندارم، خشم گرفته باشد زیرا که قصدم فقط این بود که خدمات خود را به او عرضه بدارم تا این وقت ماکم و بیش حرف مترجم خود را می‌فهمیدم ولی در این جا به طوری مستی بر او غالب آمد که نتوانست یک کلمه با معنی بگوید به نظرم آمد که خان خودش هم مست است پس خاموش شدم.

ما را از زمین بلند کرده در جای خود نشاندند و پس از مختصر مدح و ثنایی از حضور خان رخصت انصراف یافتیم. یکی از ندما و مترجمین با ما بیرون آمد و پرسش‌های دقیق و مکرر در باب مملکت فرانسه کرد می‌خواست بداند آیا خیلی گاو و گوسفند و اسب در آنجا هست مثل این که مغول‌ها قصد کرده بودند که آنها را مال خود کنند. شخصی را برای پذیرایی ما معیّن نمودند و ما نزد کشیش ارمنی رفتیم، در آن جا مترجم ما هم رسید و گفت منگوخان اجازه فرموده است که دو ماه در این جا توقف کنید تا فصل سرمای سخت بگذرد. جواب دادم خداوند بر عمر و عزت منگوخان بیفزاید!

امّا این کشیش را که مردی مقدس و متقی است و به اتفاق او به خان بزرگ دعا

می‌کنیم: زیرا که در اعیاد مسیحیان به دربار حاضر شده به خان دعا می‌کنند و پس از آنان ملاهای مسلمان و رؤسای بت‌پرستان مراسم دعا را به جا می‌آوردند.[۱] بنابر قول سرجیوس کشیش، خان جز به عیسویان اعتماد به هیچ ملتی ندارد ولی دروغ می‌گوید خان به هیچ کس مطمئن نیست ولی همه به دربار او می‌ریزند چنان که مگس بر عسل می‌جوشد. خان به همه کس چیز می‌بخشد و هر کس گمان می‌کند با او صمیمی است.

پس به منزل خود رفتیم و آن را مثل یخچالی یافتیم زیرا که هیچ چیز سوزاندنی نداشتیم و با این که شب رسیده بود از صبح غذایی نخورده بودیم امّا مهماندار ما قدری چوب و مختصر غذایی تحصیل کرد و پیش آورد. راهنمائی که ما را تا اردوی خان آورده بود بایستی برگردد و نزد باتو برود، با ما وداع کرد و یک قطعه قالی خواست، دادیم و با کمال خشنودی رهسپار شد.

سرما شدتی فوق‌العاده کرد، منگوخان سه پوستین که پشم آنها به طرف بیرون بود فرستاد و ما با نهایت امتنان پذیرفتیم ولی گفتیم ما جا به اندازه نداریم که نماز گزارده خان را دعایی بکنیم زیرا که اطاق به قدری کوچک است که سه نفر باید در آن بایستیم و نمی‌توانیم نشست کتاب را هم نمی‌توانیم باز کنیم زیرا که با این دود غلیظ از عهدهٔ خواندن بر نمی‌آئیم، خان کسی را نزد کشیش ارمنی فرستاده استعلام کرد که از همنشینی ما راضی است یانه چون جواب مثبت داد ما رابه آنجا منتقل کردند و قدری راحت‌تر شدیم.

در غیاب ما منگوخان شخصاً به کلیسای مزبور آمده با ملکه در برابر محراب بر مسندی زرین نشستند پس کسی را به جستجوی ما فرستادند و یکی از مستحفظین سلطنتی جیب و بغل ما را تفحص کرد که اسلحه پنهان نکرده باشیم، من داخل شدم انجیلی و کتاب دعائی بر سینه نهاده و نخست در مقَابل محراب زانو زدم، آنگاه با نهایت خضوع به منگوخان سلام کردم خان کتاب‌ها راگرفت و پرسید که این تصاویر

---

۱. مقصود بروداثیان است که تا این زمان فراروبروکیس با آنان رابطه نداشته است.

حاکی از چیست. نستوری‌ها که حاضر بودند هر چه دلشان خواست گفتند و توضیح مطابق مسلک خود دادند ما مترجم خود را حاضر نداشتیم پس خان فرمان داد که یکی از سرودهای خود را بخوانیم ما هم (ونی سانکته اسپیری‌توس Veni sanctespiritus را سرودیم بعد خان بیرون رفت ولی زنش ماند و هدایایی تقسیم کرد.

من سر جیوس کشیش را خیلی محترم می‌شمردم و او را پیشوای خود می‌دانستم لکن در اغلب موارد رفتارش مرا متنفر می‌کرد مثلاً کلاهی برای خود ساخته بود از پر خروس که صلیبی کوچک از طلا بر آن نصب بود. از این کلاه فقط من صلیب آن را دوست داشتم بنابر نصیحت من کشیش ارمنی از منگوخان اجازه گرفت که صلیبی بر سر نیزه ببندیم و هر طور میل داریم حرکت کنیم، خان اجازه داد. پس من و سرجیوس برای جلب احترام نسبت به صلیب در اردوگاه گردش کردیم سرجیوس علمی بر چوب بلندی مثل نیزه بسته بود و ما آن را از چادری به چادری می‌کشیدیم و سرودهای مذهبی می‌خواندیم مسلمانان از تقرب ما در درگاه خان خیلی ناراحت بودند و نستوری‌ها هم از منافعی که کشیش ارمنی می‌برد دلی پرخون داشتند.

نزدیک قراقوروم منگوخان قصری بزرگ دارد که دریایی آجر بر آن محیط است و شبیه به کلیسای عظیمی است کاخی بلند در این عمارت است و خان سالی دو بار در آن جشن می‌گیرد یکی در حوالی عید پاک و دیگر در تابستان و در این جشن‌ها خان تمام شوکت و جلال خود را ظاهر می‌کند چون خلاف ادب بود که پیاله و ساغر را در عمارت بارگاه چنان که در میخانه‌ها رسم است به گردش درآورند یک نفر زرگر پاریسی گیوم بوشیه (Guillaume bouchier) نام در مدخل بزرگ تالار بارگاه درختی از نقره ساخت در پای آن درخت چهار شیر خشمگین از نقره ساخته که از آنها شیر خالص گاو جاریست، در چار شاخه درخت مارهایی زرین پیچیده که اقسام شراب از دهان آنها می‌ریزد.

این قصر شبیه کلیسائی است دارای سه رواق و دو صف ستون. نشستنگاه خان

در مکان بلندی نزدیک دیوار ضلع شمالی است و همه حضار را می‌بیند فاصله بین درخت و تخت خان خالی است تا ساقیان و ایلچیان بتوانند جام‌ها و هدیه‌های خود را پیش ببرند در یمین خان مردان و در یسار او زنان قرار می‌گیرند، فقط یک زن درکنار او می‌نشیند ولی قدری پائین‌تر از او.

گذشته از قصر خان باقی شهر قراقوروم به زیبایی سن‌دنیس نیست، فقط ده کوچه معتبر دارد: کوچه مسلمانان که بازارها در آن تشکیل می‌شود وکوچه ختائیان که صنعتگران در آن جای دارند. به علاوه عمارات عالی که منزل وزرا و امراء می‌باشد بسیار است بازارهایی هم برای فروش ارزن و غلات وگوسفندان و اسب و گاو و ارّابه دایر است. قراقوروم دوازده بتکده و دو مسجد مسلمانان و یک کلیسای نستوری دارد.

مقارن روزی که نزد ما یکشنبه پاسیون (عید مذهبی) نام دارد خان به جانب قراقوروم رفت و فقط خانه‌های کوچک را برد (یعنی ارّابه‌های سر پوشیده یا قیبتیکاس) ما وکشیش ارمنی هم رفتیم در این سفر ازکوهستان‌های صعب گذشتیم بادهای سخت و سرمای شدید و برف بسیار دیدیم نزدیک نصف شب خان کسی را فرستاد و از ما وکشیش ارمنی خواست که دعائی کنیم، طوفان بر طرف شود زیرا که حیوانات گله که اکثر جوان بودند رو به هلاکت داشتند ارمنی قدری بخور فرستاد و استدعا کرد که در مجمرهای قربانی بریزد نمی‌دانیم خان دستور را انجام داد یا نه چیزی که مسلم می‌باشد این است که طوفان باد و برف که دو روز به شدت مستولی بود قطع شد.

در روز مقدس موسوم به یکشنبه شاخه‌ها le dimanche des rameaux ما به حوالی قراقوروم رسیدیم و هنگام طلوع چند شاخه بید را که هنوز برگی نداشت تقدیس کردیم در حدود ساعت ۹ وارد شهر شده صلیب را خیلی بلند نگاهداشته ازکوچه مسلمانان گذشتیم و رو به کلیسا نهادیم نستوری‌ها به هیئت اجتماع از ما استقبال کردند بعد از نماز چون شب رسیده بود گیوم بوشیه زرگر ما را برای شام به خانه خود دعوت کرد زنش در هنگری تولد یافته بود و در منزل او بازیلیکوس نام را

دیدیم که پسر شخصی انگلیسی بود بعد از شام به کلبهٔ خود رفتیم این کلبه و نمازخانه کشیش ارمنی نزدیک کلیسای نستوری‌ها بود که از بناهای عالی وسیع به شمار می‌رفت سقف کلیسا را با ابریشم زربفت پوشیده بودند.

برای اجرای مراسم عید پاک در شهر توقف کردیم جمعی کثیر از آلن‌ها و مجارها و روتن‌ها (یا روس‌ها) و گرجی‌ها و ارمنی‌ها در آن شهر بودند که از زمان اسارت غسل تعمید ندیده بودند نستوری‌ها از من تقاضا کردند که مراسم عید را بجا بیاوریم ولی من نه لباس داشتم نه محراب.

امّا زرگر لباس برایم تهیه دید و یک ارّابه را با پارچه‌های منقش به نقوش کتاب مقدس درست کرد که به جای محراب باشد قوتی سیمینی هم ساخت و یک مجسمه از حضرت مریم نیز درست کرد.

تا این تاریخ من انتظار آمدن پادشاه ارمنستان و چند کشیش را می‌کشیدم که بنا بود وارد شوند عاقبت چون خبری از پادشاه خودمان نمی‌رسید از ترس این که مبادا زمستان دیگر بزودی برسد از خان استجازه نمودم که آیا باید بمانیم یا برویم.

فردای آن روز چند تن از وزرای معتبر خان نزد من آمدند. یکی از آنان مغولی بود ساقی پادشاهی باقی از مسلمانان بودند از جانب خان پرسیدند مقصودم از آمدن چه بوده است، گفتم باتو فرمان داد که مرا به خدمت خان بزرگ برسانند، مطلبی هم ندارم که عرض کنم ولی اگر مایل باشد کلام خداوند متعال را به سمع او می‌رسانم.

از من پرسیدند که چه کلامی را می‌خواهم بگویم به تصور این که من هم مثل دیگران افزایش عمر و دولت خان را به دعا خواهم خواست، جواب دادم که «من به منگو خواهم گفت که خداوند تو را بسیار چیز عطا کرده است زیرا که این قدرت و ثروتی که دارد از اصنام بودائی به او نرسیده است.

پس از من پرسیدند مگر تو به آسمان رفته‌ای که چنین از احکام خدا با خبری؟ و برخاسته نزد منگو رفتند و به او گفتند این مسیحیان تو را بت‌پرست و بودائی و خدانشناس خوانده‌اند فردا منگو چند مترجم دیگر نزد ما فرستاد که از قول خان گفتند ما می‌دانیم شما پیام مخصوص برای ما ندارید و فقط آمده‌اید مثل سایرین به

دولت ما دعا کنید ولی خان میل دارد بفهمد که آیا تا این تاریخ از فرانسه سفیری مأمور دربار مغول شده است من آنچه در حق داود و فررآندره می‌دانستم گفتم، گفتار مرا نوشته از نظر منگو گذرانیدند.

روز یکشنبه پانتکوت[1] مرا به خدمت خان بردند پسر زرگر که مترجم من محسوب می‌شد گفت مغول‌ها می‌خواهند تو را به ولایتت پس بفرستند و نباید استنکاف کنی.

چون به حضور خان رسیدم و زانو زدم پرسید آیا تو به وزراء من گفته‌ای که خان بودائی است؟ در جواب گفتم قربان هرگز چنین عرضی نکرده‌ام. گفت:

من هم باور نمی‌کردم زیرا که چنین حرفی از شما بعید بود.

بعد خان عصایی را که بر آن تکیه داشت به طرف من درازکرده گفت: مترس در جواب تبسم‌کنان گفتم اگر می‌ترسیدم تا اینجا نمی‌آمدم خان گفت:

ما مغول‌ها معتقدیم که خدا یکی است و بس و با دلی پاک و مستقیم به درگاه او رو می‌آوریم. گفتم:

پس از خداوند مسئلت داریم که خان را در همین عقیده نگاهدارد زیرا که بقای ایمان هم بسته به اراده اوست گفت خداوند انگشتان دست را متفاوت آفریده است و افراد انسان را دارای افکار مختلف کرده است اوکتب آسمانی خود را بر شما نازل کرده است امّا فرمان نمی‌برید مسلماً خدا در کتاب‌های خود نفرموده است که مردمان باید یکدیگر را آزار برسانند، گفتم:

خیر البته و من از اول به حضور مبارک عرض کردم که با هیچ کس نزاعی ندارم، خان گفت:

روی سخن با شما نیست، می‌گوئیم که در کتاب‌های مقدس شما نوشته نشده است که انسان مجاز است برای فایده و سود خود از عدالت صرفنظر کند.

در جواب گفتم: من برای تحصیل مال به این جا رو نیاورده‌ام و حتی هر چه به من

---

۱. Le Dimanche des Pantecote عید کاتولیک‌ها که ۵۰ روز بعد از پاک است به یاد روزی که روح‌القدس بر حواریون نازل شد. (مترجم)

هدیه داده‌اند رد کرده‌ام و یکی از وزرا که اینجا حاضر است می‌داند کـه مـن یک شمش نقره و یک قطعه پارچهٔ ابریشمی را رد کرده و نپذیرفته‌ام خان گفت سخن من در این نیست می‌گویم خداوند برای شما کتاب نازل کرده و شما به فرمان او کـار نمی‌کنید ولی غیب‌گویانی به مَا عطا فرموده و ما از دستور آنان سرپیچی نداریم و این اطاعت موجب آرامش ماست.

خان قبل از بیان این کلمات چهار جام نوشید و من منتظر بودم که باز هم در باب عقاید خود بیانات مشروح‌تری بکند پس گفت:

شما مدت مدیدی اینجا توقف کرده‌اید و بسیار مشعوفم که می‌روید، از قراری که گفته‌اند نمی‌توانید ایلچی مرا با خود ببرید پس بهتر است که حـامل پـیغام یـا نامه‌های من شوید.

گفتم اگر خان مطالب خود را بیان فرماید یا د رنامه بنویسد باکمال افتخار حامل آن خواهیم شد پس گفت طلا می‌خواهید یا نقره یا جامه گرانبها، در جواب گفتم رسم ما نیست که این قبیل چیزها بپذیریم ولی با وجود این بدون مساعدت خان هم قادر نخواهیم بود که از کشور او خارج شویم. خان ما را مطمئن کرد که هر چه لازم باشد خواهد داد و پرسید تاکجا می‌خواهید شما را برسانند گفتم اگر تا ارمنستان ما را راهنمایی کنند کافی است خان گفت:

من شما را تا آنجا می‌گویم برسانند بعد خودتان مواظب خود باشید در هر سری دو چشم هست معذالک هر دو یک چیز می‌بینند باتو شما را نزد من فرستاده است پس باید به خدمت او بازگردید [من و باتو به منزله دو چشمیم].

بعد از قدری تأمل و سکوت گفت:، راهی دراز در پیش دارید چیزی بخورید که قوت طی مسافت داشته باشید.

پس فرمان داد تا شرابی به من بنوشانند و من از حضور او بیرون رفتم و دیگر او را ندیدم»

## نوه چنگیزخان در ارض مقدس

یکی از فصول تاریخ مغول که چندان معروف نیست روابط این طایفه است با ارامنه و نصارای فلسطین بعد از وفات چنگیزخان. هولاگو نوه چنگیز که برادر خاقان وقت یعنی منگوخان بود در نیمهٔ قرن سیزدهم برکشور ایران و عراق و شام سلطنت کرد. خلاصهٔ ذیل ازکتاب تاریخ قرون وسطای کمبریج جلد چهارم صفحه ۱۷۵ است.[1]

«با وجود تجربه یک قرن ارامنه نمی‌توانستنداز همسایگان لاتنی خود اطمینان داشته باشند[2] و آنان را با خود متحد و هم‌عهد بشناسند. هایتون[3] پادشاه ارامنه به جای آن که به عیسویان تکیه کند متوجهٔ بت‌پرستان مغول شد و به آنها اعتماد کرد مغولان هم در مدت پنجاه سال بهترین دوستی بودند که ارامنه تا آن تاریخ به خاطر داشتند.

در آغاز سلطنت خانوادهٔ هایتون مغول‌ها خدمتی بزرگ به ارامنه کردند زیرا که سلجوقیان را از میان برداشتند و هایتون یا بایجو نویان سردار مغول پیمان یاری و امداد متقابل بست و در ۱۲۴۴ کاملاً به اطاعت اوگتای‌خان درآمد ده سال بعد شخصاً به حضور منگوقاخان رفت و پس از مدتی توقف در دربار مغول پیمان مودت را میان دو ملت مستحکم ساخت.

بقیه عمر هایتون صرف مجادله با ممالیک شد که خوشبختانه مغول پیشرفت آنان را از جانب شمال جلو گرفتند هایتون و هولاگو قوای خود را در اِدِس بهم آمیختند تا مگر بیت‌المقدس را از دست ممالیک بیرون آورند».

---

1. Cambridge mediceval history

۲. مقصود بارون‌های صلیبی است که مستعمرات خود را هنوز در ارض فلسطین نگاهداشته بودند خاصه بوهمون انطاکی Bohomon d'Antioche

۳. در اصل کتاب کمبریج هتوم و اوگدای است و ما برای تناسب مندرجات این کتاب صورت اسامی را قدری تغییر دادیم. غالباً بایجو را با باتو خان نوهٔ چنگیز که نخستین رئیس آلتون اردوی روسیه بود اشتباه می‌کنند.

# مراجع این کتاب

## ۱

## منابع تاریخ مغول

قدیم‌ترین مأخذ آلتین دبتر[1] مغولی بوده که به معنی دفتر زرین است و امروز در دست نیست مندرجات یوانسی چینی[2] یا سالنامهٔ مغول و تاریخ رشیدالدین مبتنی بر مطالب این دفتر اصلی بوده است.

یک کتاب مغولی دیگر بوده که تاریخ سرّی نام داشته و آن را یوان چائو می‌شی[3] می‌نامند، در ابتداء آن را یکی از معاصران چنگیزخان به زبان مغولی و به خط اویغور در سال ۱۲۲۸ نوشته بود اکنون فقط ترجمه چینی آن در دست است.

معروف‌ترین وقایع‌نگاران مغول سانانگ ست زن در اواسط قرن هفدهم کتاب خود را که چونگ تائی شی (خادون توقوچی)[4] نام دارد به رشته تحریر آورد، این کتاب تاریخ افسانه‌آمیز اجداد چنگیز و خود جهانگشای مغول است در خلال این تاریخ اساطیر بودائی بسیار است ولی معذالک تنها کتابی است که حیات مغولان اوایل را نقاشانه شرح می‌دهد. یک نفر روحانی هیاسنت[5] نام آن را به روسی ترجمه کرده است و قسمتی از آن را اسحق یعقوب اشمیت در ۱۸۲۹ از روسی به آلمانی

---

1. Paltyn debter
2. Yuan-si
3. Yuan chao mi shi
4. Chung taishi (khaduu toghudji)
5. Hyacinthe

ترجمه نموده است (رجوع شود به مطالب ذیل)

مهمترین منابع چینی عبارت است از:

تونگ کین کانگ مو یا تاریخ سلسلهٔ امپراطوران تألیف سی ماکوانگ. در این کتاب مطالب بسیاری راجع به نخستین سلاطین مغول موجود نیست ترجمه فرانسه این کتاب در دست است ولی در اعتبار آن امروز علما مشکوکند نام آن به فرانسه از این قرار است:

L'Histoire generale de la chine, traduite du tong-kien-kang-mou par le pere joseph-Anne-Marie de meyriac de mailla girige par M.Le roux des Hauteserayes paris 1777-1778

دیگر از منابع چینی کتاب چینی چنگ لو است که نام مولفش معلوم نشده است، در این نسخه تاریخ مغول از یسوکای تا مرگ اوگتای موجود است.

از روی این اسناد چینی و مندرجات یوان چائو می‌شی که معتبرترین کتب چینی در این باب به شمار می‌رود کتاب یوان شی یا سالنامه مغولی در سنه ۱۳۷۰ تألیف شده است این کتاب صحیح‌تر از تألیف سانانگ ست زن است ولی مثل همه روایات مغول در باب مغرب زمین نمی‌توان اطّلاعاتش را صحیح شمرد این کتاب به فرانسه ترجمه شده و عنوانش چنین است:

Histoire de gentchiscan et de toute la dynastie des mongous, tiree de l Histoire chinoise, par antoine Goubil, Paris 1739.

گرانبهاترین منابع تاریخ مغول کتاب جامع‌التواریخ رشیدالدین فضل‌الله وزیر غازان خان است که در اواخر قرن سیزدهم از روی اسناد و تواریخ مغولی که در خزانهٔ سلطنتی موجود بوده به یاری منشیان چینی و ترک و اویغوری و مغول نوشته است هنوز این کتاب ترجمه نگشته ولی قسمتی به طبع رسیده است.

دیگر تاریخ جهانگشاست تألیف عطا ملک جوینی که از کتب معتبره است ولی مطالبش در باب حیات چنگیز منحصر به ده سال آخر عمر اوست.

تاریخ ابن اثیر و تاریخ‌نسوی در شرح احوال سلطان جلال‌الدین خوارزمشاهی نیز مطالب مهمه راجع به حملهٔ مغول در ایران دارد. روضة‌الصفا و حبیب‌السیر که بعد نوشته شده‌اند اطّلاعات ناقصی در باب چنگیز به دست می‌دهند.

## ۲

بقیهٔ منابع را که مؤلف ذکر کرده چون اکثر نایاب و به لغات اروپایی است برای اینکه نقل اسامی آنها به حروف فارسی موجب اشتباهی برای مراجعه کنندگان نشود از روی نسخهٔ فرانسه عیناًنقل می‌کنیم:

Abu alfarag gregorius (Bar hebreus) (ابن العبری) Historia Dynastiorum (Le syrien Gregorius vivait au milieu du XIIIe siecle et fut en rapport avec les mongols. Son histoire des dynastiesj est precieuse, et les anecdotes quil racontene se trouvent pas ailleurs traduite en latin par pocock 1639

تاریخ تاتار تألیف ابوالغازی بهادرخان که در ۱۷۲۶ در لیدن چاپ شده مؤلف از ازبکان بوده اطّلاعات خود را از جامع‌التواریخ گرفته است، فقط قسمتی که مربوط به زمان خود اوست تازگی دارد.

Douglas (Robert kennaway) - the life of jenghiz Khan translated from the chinese london 1877.

(خلاصه این کتاب که در احوال چنگیز است در دایرةالمعارف بریتانیکا درج شده است)

Erdmann (Franz von) Vollstaen dige ubersicht der aeltesten turkischen, tatarischen und mongolischen voelkerstamme nach rachid ed-dins vorgange, kazan 1841, temudschin der unerschutterliche leipzig 1862

Krause , FEA chingis han die geschichte seines lebens nach der

chinesischen reichsannalen heidelberg , 1922

خلاصه احوال چنگیز از روی اسناد چینی

Geschichte ostasiens, Gottingen , 1925

(خلاصهٔ بسیار مفیدی از وقایع حمله مغول)

Petis de la croix histoire du grand gengkizcan premier empereur des anciens mogols traduite do plusieurs auteurs orientaux et de voyageurs europeens paris, 1710

مؤلف ده سال وقت صرف ترجمه منابع فارسی و عربی کرده و هیچ به منابع چینی مراجعه ننموده است مهمترین قسمت کتاب او تفاصیل و حکایاتی است که در باب هجوم مغول به ایران ذکر کرده است.

Schmidt Isaac jacob geschichte der ost mongolen etc verfasst von ssanang setzen chung taidshi-st petersburg 1829.

(ترجمه بسیار معتبری است از ساگای مغولی و متاسفانه بسیار کمیاب است)

Vladimirzov , B.J jenghis Khan, Berlin et Moscou 1922.

(این کتابی است به زبان روسی دارای ۱۷۶ صفحه که اکثر از یوان کائو می سی نقل می‌کند)

۳

Barthold, wilhelm. Turkestan im Zeitalter des Mongoleneinfallsst petersburg 1900.

(قسمت بزرگی از این کتاب مربوط به چنگیزخان است و منابع آن بیشتر خطی و چاپ نشده است)

Die entstehung der reiches tchinghiz-chans. St. petersbourg 1890.

Cahun Leon intraduction a l historre de l'sie^ Turcs et mongots des

origines a 1405, Paris 1896.
(این کتاب معتبر عجیبی است مؤلف که محقق‌السنه است از منابع کثیر اخذ مطالب کرده است امّا فریفتهٔ افسانه‌های ترکی و مجذوب لشکرکشی‌های مغولی است).

Cordier, Henri histoire geneale de la chine et de ses relations avec les pays etrangers, Paris, 1920.
(قسمتی که در باب ارتباط یافتن چین با مغرب زمین دارد مهم است، تاریخچه‌ای که از چنگیزخان در جلد دوّم درج کرده بیشتر مأخوذ از میلاودهسون است).

Curtin, Jeremiah. The mongols Boston, 1908.
(ترجمهٔ عامیانه است از ساگاهای مغولی ولی مأخذ آن درست معلوم نیست).

De Guignes J. histoire generale des huns des turcs des mongols Paris 1756
(کتاب بزرگی است مبنی بر اسناد چینی و غیره ولی امروز از اعتبار افتاده است)

Howorth, Sir henry H. History of the Monogls, London 1876-88
(این کتاب اساس معتبری است که برای محصلین فایده بسیار دارد، ماخذ آن بیشتر کتب اردمان و دهسون است).

Mauradga, d'Ohsson. Histoire des mongols depuis Tchinguiz-Khan Jusqua Timour bey. La Hague et mesterdam 1834-5.
(تاریخ کامل بسیار مفیدی است از مغول، مأخوذ از منابع فارسی و عربی و کتاب گوبیل سابق‌الذکر بارون دهسون هم مثل کردیه با چنگیز عداوت اظهار می‌کند و او را فقط سردار جنگی مغول می‌شمارد).

Bergeron, Pierre, Relation des voyages en tartarie de Fr gvihvme de rubrvqvis Fr Jean'v plan carpin plvs vn traite des tartares, Paris 1634.

(شرحی که مربوط به تاتار است نسبت به زمان تألیف بسیار مهم است)

Carpini, john of plano hakluyt society, London 1900, II serie vo Iv

(این شخص اولین اروپائی است که به مغولستان مسافرت کرده است، کمتر از یک نسل بعد از وفات چنگیزخان).

Ibn batuta translated by defremery andsanguinetti, Paris 1853.

(این سیاح مشهور عرب تا انتهای خاک مغول پیش رفت).

Marco Polo. the book of marco polo, translated by sir henry yule and edited by henri cordier , london 1921.

Rubruquis (William of Rubruk) His journey to the eastern parts of the world, Hakluyt society london 1900 II series vol, IV.

Bazin, M. Le siecle des Youen ou tableau historique de la litterature chinoise depuis l'avenement des empereurs Mongols, Paris 1850.

Bretschneider, E, mediaeval researches from eastern asiatic sources, London 1888.

(قسمتی است از جغرافیای یه‌لیو چوتسای و شرح لشکرکشی چنگیز به غرب).

Browne E. G litterary history of Persia London 1906.

(اطّلاعات و تحقیقات جدیدی راجع به مغول دارد).

Cambridge mediaeval history vol Iv, the eastern Roman empire, New York 1923

(خلاصه حملات مغول و ملاحظات جدیدی است راجع به اهمیت هجوم قوم مزبور).

Cordier , henri, melange d'Histoire et de geographie orientales tome II Paris 1920.

(شرح هجوم مغول است به خاک اروپا).

Dubeux, Louis tartarie paris 1840.

Dulaurier edouard les Mongols d'apres les historiens armeniens journal asiatique 5e ser 1858pp 192-255. Aussi 1860 pp. 295-306.

Feer, Leon La puissance et la civilisation mongoles au treiziem siecle Paris 1867.

Joinville (edited by francisque michel) Paris 1867.

(یکی از بهترین تواریخ قرون وسطی است)

Jordain, catalani P. Mirabilia descrpta sequitur de magno tartaro (A mediaeval vieu point to this might be added the relations taken out of roger wendover and matthew Paris in purchas)

Julg bernhard on the present state of mongolian researches J. R. A. S january 1882.

Lane-poole stanley the mohammedan dynasties westminster, 1894.

Mosheim J.L Historia Tartarorum ecclesiastica helmestadt 1741.

Parket E. H. A thousand years of the tartars New York 1924

(شرح مفیدی است از احوال قوم تاتار تا زمان ولادت چنگیزخان)

Petis de la croix, francois (the son of de la croix the author of the life of genghis khan) Abrege chronologique de l' historie ottomane, Paris 1768

(مختصر ترجمه احوال سلاطین مغول است از عهد چنگیزخان تا قرن هفدهم).

Quatermere, M. histoire des mongols de la parse par rachid-el-din, traduite, accompagnee de notes paris, 1836.

(این کتاب اگرچه ترجمه قسمتی از جامع‌التواریخ است و ترجمه‌های دیگر هم از آن در دست است ولی به واسطهٔ ترجمه احوال رشیدالدین و یادداشت‌های مترجم نسخهٔ گرانبهائی است)

Remusat, Jean pierre abel nouvaux melanges asiatiques paris 1829.

(احوال سوبوتای یه لیو چوتسای و غیره)

Observation sur l' histoire des mongols orientaux, de ssanang setzen lparis 1832.

Stube, Rudolf tschingizchan: seine staats-bildung und seine personlichkeit In neue jahrbucher fur das klassische altertum, Vol XXL, 1908, pp 532-541.

(شرح مختصری است از حالات جهانگشا) .

Tikowski, igor fedorovich travels of the Russaian mission through mongolia to china. withe corrections and notes by klaproth, London 1827.

(این کتاب ظاهراً از فرانسه ترجمه شده تحقیقی تاریخی و جغرافیایی گرانبها است که یکی از افراد هیئت نمایندگان روس کرده است).

visdelou, claude supplement to D' herbelot's bibliotheque orientale, Paris, 1780.

Yule sir Henry cathay and the way thither, hakluyer society, London 1866.